



TOMÁS NESTOR RODRIGUES DE PAIVA ROSADO

**O SEGURO D&O EM PORTUGAL: DA TEORIA À SUA APLICAÇÃO PRÁTICA.  
A DISTRIBUIÇÃO DO CAPITAL SEGURO.**

Dissertação com vista à obtenção do grau de  
Mestre em Direito

Orientadora:  
Doutora Margarida Lima Rego, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova  
de Lisboa

Março de 2017



**O SEGURO D&O EM PORTUGAL: DA TEORIA À SUA APLICAÇÃO PRÁTICA.  
A DISTRIBUIÇÃO DO CAPITAL SEGURO.**

## DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO DE ANTI PLÁGIO

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, 13 de março de 2017

Tomás Paiva Rosado

## AGRADECIMENTOS

Esta dissertação é o fim de dois ciclos de estudos (licenciatura e mestrado), e por isso, a todos os que estiveram envolvidos nestes cinco anos e meio, o meu agradecimento.

Começo pelos meus amigos da Universidade Católica Portuguesa, com quem tive oportunidade de aprender mais do que eles imaginam e que muito puxaram por mim, numa tentativa de que eu os acompanhasse (como se isso fosse possível).

Agradeço também aos meus colegas e amigos do escritório, que nestes últimos seis meses (onde conjuguei trabalho e elaboração da dissertação) a compreensão demonstrada foi inexcedível e que muito me ajudaram a delinear o âmbito do estudo. Um reconhecimento especial ao Luís Gagliardini Graça por me ter incentivado a concluir a dissertação, acreditando sempre que eu conseguia mais e melhor, corrigindo assertivamente, sabendo que só dessa forma eu chegaria ao resultado final.

À minha orientadora, a Professora Doutora Margarida Lima Rego, pela compreensão, ajuda, disponibilidade e, sobretudo, por me obrigar a pensar, o meu mais sincero obrigado. Foi incansável. Sempre que eu esperava que me fosse dar a solução para os vários problemas, a Professora carregava-me com mais *problemas*. No princípio não reagi bem; no fim percebi que só dessa forma foi possível escrever um texto só meu.

Por fim, o agradecimento aos meus pais. Eles sabem o que e o quanto agradeço.

**Notas:**

Todas as referências bibliográficas seguem as Normas Chicago 15<sup>th</sup> A

A dissertação foi escrita ao abrigo do novo acordo ortográfico, excetuando-se os casos em que há a citação de outros autores, nos quais mantivemos, naturalmente, a escrita de origem.

Número de caracteres (apenas corpo do texto): 123.553

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

AEP	Associação Empresarial de Portugal
CC	Código Civil
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CSC	Código das Sociedades Comerciais
RJCS	Regime Jurídico do Contrato de Seguro

## RESUMO

O objetivo desta dissertação é analisar o funcionamento do *Directors and Officers Liability Insurance* (abreviadamente, seguro D&O) em Portugal. O propósito é o de, partindo de uma análise teórica de enquadramento do seguro no regime jurídico português, estudar a sua aplicação concreta no mercado segurador, criticando vários aspetos da sua implementação e atual configuração, nomeadamente no que respeita à distribuição do capital seguro. A dissertação divide-se em três partes.

Na primeira parte fazemos uma introdução, ainda que brevíssima, aos deveres fundamentais dos administradores e às consequências da sua violação, causa da existência de responsabilidade civil, sem deixar de abordar a *business judgement rule*, como meio de exoneração dessa mesma responsabilidade.

Entrando na segunda parte do estudo, a mesma visa essencialmente analisar a configuração do seguro D&O em Portugal. Nesta parte, pretendemos avaliar a influência estrangeira e inerentes dificuldades de implementação do seguro em Portugal, examinando todos os aspetos dos clausulados habituais, nomeadamente quanto aos sujeitos contratuais, o risco e interesse do contrato de seguro, quem suporta os encargos do mesmo, passando pelas principais coberturas e exclusões que o mercado segurador oferece, terminando com a comparação do seguro D&O com outros seguros presentes no mercado segurador português.

Por fim, na terceira parte da dissertação, vamos de encontro ao problema da distribuição do capital seguro. Nesta sede, pretendemos encontrar uma solução para um problema que não tem resposta nem na lei, nem no texto dos clausulados e que se relaciona, em grande medida, com a insuficiência do mesmo. Assim, começamos por qualificar juridicamente o seguro D&O, servindo de ponto de partida para examinar as posições dos lesados e segurados (administradores) em relação ao capital seguro. A análise que é feita pretende conjugar tanto o regime da lei civil em matéria de relação creditícia, como o regime da lei do contrato de seguro na relação das partes com o capital seguro. No final, apresentamos uma proposta de solução para o problema.



## **ABSTRACT**

The purpose of this dissertation is to analyse how Directors and Officers Liability Insurance (D&O Insurance) works in Portugal. The intention is to study, from a theoretical basis/perspective, the practical application of the legal regime in the Portuguese insurance market, criticising several aspects of its implementation, especially those concerning the insured capital distribution. The study is divided into three parts.

We will start by briefly commenting on the directors' fundamental duties, the consequences of their violation, and the civil liability to which these may lead, referring, afterwards, to the business judgement rule as a disclaimer cause to the directors' civil liability.

We will follow by analysing the configuration of the D&O Insurance in Portugal, (i) evaluating the foreign influence on the implementation of the aforementioned insurance in Portugal, while examining the usual contractual terms – namely, its parties, risk and interest, who pays its expenses, insurance cover and exclusions –, and (ii) comparing the D&O Insurance with other common insurances in Portuguese market.

Finally, the last part of this dissertation will be dedicated to the issue of the insured capital distribution, where we will suggest a solution to a problem that apparently has no legal or contractual answer: the insufficiency of the insured capital. This analysis will start with a qualification of the D&O Insurance, followed by an examination – combining both civil and insurance law – of the insured person and of the third party in relation to the insured capital, ending with the presentation of a solution to the problem being analysed.

## INTRODUÇÃO

O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e Gestores, abreviadamente, seguro D&O (*Directors and Officers Liability Insurance*) é o seguro que protege os administradores e órgãos de gestão de uma empresa contra reclamações contra eles formuladas por violação dos seus deveres, erros de gestão, entre outros. Este seguro pretende proteger o património pessoal dos administradores, abrangendo um grande número de coberturas tais como o risco de indemnização a terceiros, custos de defesa jurídica e restituição de imagem, e muitas outras que serão abordadas ao longo deste estudo.

As modificações introduzidas ao Código das Sociedades Comerciais em 2006, sob proposta da CMVM, vieram relembrar a existência deste seguro e aparentaram fomentar a sua contratação.

Decorridos 11 anos deparamo-nos ainda com inúmeros problemas na aplicação prática deste tipo de seguro, quer porque inexistente legislação que o regule, quer porque é ainda desconhecida, por muitos, a sua existência.

A AEP (com a colaboração da F. Rêgo – Corretores de Seguros e da Hiscox) realizou um estudo<sup>1</sup>, concluído e apresentado em janeiro de 2013, com o objetivo de analisar o modo como as empresas lidam com os riscos inerentes às opções de gestão dos administradores. Os números são esclarecedores e cremos que muitos gestores não têm plena consciência dos riscos que correm diariamente, sendo inegável a crescente litigância em matéria de responsabilidade civil dos administradores. No aludido estudo, conclui-se que, em Portugal, 45,9% dos gestores desconheciam a existência do seguro D&O e que apenas 12% das empresas dispõe de um mecanismo de proteção dos riscos.

O objetivo da presente dissertação é, numa primeira fase, o estudo do modo de funcionamento do seguro D&O em Portugal e, numa segunda fase, o enquadramento de um problema real e concreto, o da distribuição do capital seguro. O estudo pretende abordar os temas não apenas numa perspetiva teórica mas, também, procura observar aquela que é a realidade em Portugal. Daí o título da dissertação: da teoria à prática.

---

<sup>1</sup> Disponível em <http://www.aeportugal.pt/Inicio.asp?Pagina=/Aplicacoes/Noticias/Noticia&Codigo=17891>.

Começamos com uma abordagem, ainda que breve, à responsabilidade civil dos administradores, que está na origem do surgimento do seguro em análise. Em seguida analisaremos a sua evolução, abordando as respetivas cláusulas e conformação típica, terminando na identificação e proposta de solução para o problema da distribuição do capital seguro.

No âmbito da minha atividade enquanto advogado estagiário tive acesso a vários clausulados de diferentes seguradoras relativos a seguros D&O que, por razões de sigilo profissional, não os poderei identificar. A referência constante a “*clausulados a que tivemos acesso*”, “*na prática portuguesa*” ou expressões semelhantes, dizem respeito a estes clausulados. A perceção da prática comum teve também por base conversas com especialistas na área e mediadores de seguros que lidam diariamente, no âmbito da sua atividade profissional, com o seguro D&O e com os quais tive oportunidade de perceber melhor o modo de funcionamento deste tipo de seguro e os seus problemas associados.

## **PARTE I**

### **A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

#### **1. Introito**

O artigo 72.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais estabelece que os administradores são responsabilizados pela “preterição dos deveres legais ou contratuais”. Deveres legais são os que encontramos presentes no artigo 64.º do mesmo diploma legal sob a epígrafe “Deveres fundamentais” (e que Coutinho de Abreu e Maria Elisabete Ramos designam de “*deveres legais gerais*”<sup>2</sup>) e os deveres legais específicos (também nas palavras dos dois autores) que se encontram espalhados pelo Código das Sociedades Comerciais. Já os deveres contratuais serão todos aqueles que decorrem dos estatutos, das deliberações sociais e dos contratos de administração<sup>3</sup>.

Pelas especificidades que, relativamente à ilicitude e à culpa, surgem no contexto da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade, entendemos ser de analisar os deveres fundamentais e contratuais presentes no artigo 64.º, cuja violação (*preterição*) origina responsabilidade civil, nos termos do artigo 72.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais.

#### **2. Os deveres fundamentais e a sua violação**

O legislador português optou por elencar, no n.º 1, do artigo 64.º do CSC, dois deveres fundamentais dos administradores de sociedades. Diga-se, no entanto, que parece não ser possível, devido à complexidade das funções inerentes ao cargo administração de sociedades, esgotar o catálogo desses deveres. Neste sentido, Coutinho de Abreu refere que os deveres dos administradores “não podem ser especificados em elenco legal fechado”<sup>4</sup>, precisamente pela sua complexidade e conjunto muito variado de situações com que aqueles se deparam no exercício da sua atividade.

---

<sup>2</sup> ABREU, J. M. Coutinho de et al., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Almedina, vol. I, Coimbra, 2013, pp. 840.

<sup>3</sup> ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Almedina, 2ª ed., vol. 5, Miscelâneas do IDET, Coimbra, 2010, pp. 11.

<sup>4</sup> *Ibid*, pp. 14.

Assim, nas duas alíneas do n.º1 do artigo 64.º do CSC, o legislador estabelece os “deveres fundamentais” que os administradores terão de observar: o dever de cuidado e o dever de lealdade. Por um lado estes deveres ordenam a atuação dos administradores e, por outro, balizam a responsabilidade destes, porquanto será através do não cumprimento destes deveres que os mesmos serão responsabilizados.

Desta forma, o artigo ora em análise desempenha uma dupla função<sup>5</sup>. Define os deveres concretos dos administradores através de deveres objetivos de conduta (ao mesmo tempo que estabelece que a sua violação implica ilicitude) e concretiza o critério da culpa.

Ficam assim expressos os dois pressupostos na apreciação do comportamento do administrador. A avaliação *objetiva* da sua conduta, através da violação ou não dos deveres legais – que leva a que a conduta seja considerada ilícita. A avaliação *subjetiva* dessa mesma conduta, “na medida em que, de entre as opções possíveis, [o administrador] podia ter atuado de maneira diferente”<sup>6</sup> e, não tendo feito, deve ser censurado.

O artigo 72.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais, define os requisitos que, uma vez preenchidos, dão lugar à obrigação de indemnização, ao estabelecer que “[o]s gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais”. A exclusão da responsabilidade decorrente do disposto no artigo 72.º, n.º2 do Código das Sociedades Comerciais (objeto de análise *infra* no ponto 3), traduz-se no elidir da presunção de culpa consagrada no n.º 1.

Por não ser o tema que nos ocupa, abster-nos-emos de analisar a natureza jurídica do ato que serve de base à relação de administração (contrato? mandato?), notando apenas que não parecem restar dúvidas, pela análise do disposto no artigo 71.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais, que a responsabilidade decorrente de atos de administração corresponde a responsabilidade civil obrigacional, fundada na violação de obrigações funcionais<sup>7</sup>, por respeitar a atos praticados no exercício das funções de administração.

Passemos assim à análise dos pressupostos que carecem de ser preenchidos para a responsabilidade civil por factos ilícitos. É possível compreender que a responsabilidade

---

<sup>5</sup> ABREU, J. M. Coutinho de et al., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, op. cit., pp. 30

<sup>6</sup> *Ibid*, pp. 748, parênteses nosso.

<sup>7</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Da responsabilidade dos administradores*, Lex-Edições Jurídicas, 1996, p.p.493.

civil aqui patente não altera em grande medida a responsabilidade civil por factos ilícitos presente no Código Civil (artigo 483.º). A lei refere-se a: (i) “*por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais*” – o que se traduz na ilicitude da atuação dos administradores (ato); (ii) “*salvo se provarem que procederam sem culpa*”- a lei estabelece uma presunção de culpa; (iii) “*danos a esta causados*” – a lei exige a existência de danos emergentes para a sociedade; (iv) “*danos a esta causados por atos ou omissões*” – refere-se ao nexo de causalidade entre o facto e o dano. Vejamos.

É importante notar que a referência a “os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade” (letra do artigo 71.º, n.º 1) indica uma responsabilidade dos membros do órgão de administração, e não do próprio órgão (daí que a presunção de culpa possa ser afastada nos termos do n.º 2 do mesmo artigo). Por outro lado, os atos em questão serão os adotados pelos administradores no exercício das suas funções. Caso contrário estaremos perante responsabilidade civil por factos ilícitos nos termos gerais do Código Civil. Finalmente, o ato deve ser voluntário, “*dominável ou controlável pela vontade (...), pois só quanto a fatos dessa índole têm cabimento a ideia da ilicitude, o requisito da culpa e a obrigação de reparar o dano nos termos em que a lei impõe*”<sup>8</sup>.

Quanto à ilicitude não parece apresentar grandes especificidades. O artigo é claro quanto a esta questão quando refere “preterição dos deveres legais ou contratuais”. Assim, o facto será ilícito se corresponder a uma violação dos deveres legais ou contratuais.

Por último a questão da culpa será abordada no ponto seguinte já que a mesma, embora presumida, pode ser afastada nos termos do artigo 72.º, n.º2 onde é prevista a *business judgement rule*, introduzida no ordenamento jurídico português por força das alterações ocorrida ao Código das Sociedades Comerciais em 2006.

### **3. A *business judgement rule***

Entendemos a *business judgement rule* como a discricionariedade na atuação dos administradores ou, se se preferir, o espaço livre de atuação dos administradores no exercício das suas funções. A *business judgement rule* é muitas vezes assente como uma causa de exoneração de responsabilidade.

---

<sup>8</sup> VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. I, Almedina, 10ª edição Revista e Atualizada, 2010, pp. 527.

A *business judgement rule*, de origem norte-americana, protege os administradores das sociedades<sup>9</sup>, muito embora ainda não exista um consenso quanto à sua natureza, formulação e conteúdo<sup>10</sup>. Oferece a “presunção de que ao tomar uma decisão de negócios os administradores da sociedade atuaram informadamente, de boa-fé e na honesta crença de que essa ação era no melhor interesse da sociedade”<sup>11</sup>.

A introdução da *business judgement rule* em Portugal ocorreu em 2006, fruto das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março. Na sua base estão as regras de *corporate governance*, ou seja, um conjunto de regras e práticas através das quais as sociedades são controladas e se organizam. Assim, *corporate governance* compreende os procedimentos para a tomada de decisões, estabelece a distribuição da responsabilidade pelos diferentes níveis hierárquicos, dita ainda a forma de organização da sociedade e o relacionamento entre todas as partes envolvidas. Em Portugal a responsabilidade dos administradores é “judicialmente sindicável”<sup>12</sup>, daí que a regra consagrada no artigo 72.º, n.º 2, revista uma importância acrescida servindo de zona de proteção aos administradores.

Cabe ao administrador, como refere o texto do artigo, provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial, ilidindo a presunção de culpa do n.º 1, do mesmo artigo, e excluindo assim a sua responsabilidade. Cabe à sociedade, caso o administrador ilida a presunção, “o ónus de provar os factos constitutivos do direito de indemnização, e tem que provar que emergiram dos atos do administrador, sendo que a este basta provar os elementos do 72.º/2 do CSC”<sup>13</sup>

Nas palavras de Melvin Aron Eisenberg<sup>14</sup>, a *business judgement rule* exige quatro condições. Em primeiro lugar, devemos estar perante uma decisão empresarial – “*a judgement must have*

---

<sup>9</sup> MENDES, Manuel Fragoso, *Entre o temerário e o diligente – A business judgement rule e os deveres dos administradores. Da sua origem à implementação no ordenamento jurídico português*, Revista de Direitos das Sociedades, ano VI, Almedina, 2014, pp.810.

<sup>10</sup> RAMOS, Gabriel Silva, *A business judgement rule e a diligência do administrador criterioso e ordenado*, Revista de Direito das Sociedades, Almedina, ano V, 2013, pp.852.

<sup>11</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, *A business judgement rule no quadro dos deveres dos administradores*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 67, 2007, pp. 180 *alud* ROTH, Marcus, *Unternehmerisches Eressen und Haftung des Vorstands*, Munchen, 2001, pp. 45.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 185.

<sup>13</sup> MENDES, Manuel Fragoso, *Entre o temerário e o diligente – A business judgement rule e os deveres dos administradores. Da sua origem à implementação no ordenamento jurídico português*, Revista de Direitos das Sociedades, ano VI, Almedina, 2014, pp.827.

<sup>14</sup> EISENBERG, Melvin Aron, *The Divergence of Standards of Review in Corporate Law*, 62 Fordham L. Rev. 437, 1993.

*been made*”. Em segundo lugar, exige-se um razoável processo de decisão – *“the director or officer must have employed a reasonable decision-making process”*. Como terceira condição, o autor aponta que *“the decision must have been made in subjective good faith”*. Por fim, a decisão tem de ter sido tomada sem preponderância de qualquer interesse pessoal – *“the director or officer may not have a financial interest in the subject matter of the decision”*. Se se encontrarem presentes as quatro condições referidas, a decisão do administrador não será julgada de acordo com os padrões normais de razoabilidade, mas em conformidade com princípios mais limitados, isto é, com padrões de racionalidade. Sobre este ponto, o Tribunal da Relação de Lisboa refere<sup>15</sup> que “o mérito das decisões dos administradores não é julgado pelos tribunais com base em critérios de «razoabilidade», só devendo os mesmos ser civilmente responsáveis quando tais decisões forem consideradas «irracionais», isto é, incompreensíveis e sem qualquer explicação coerente.

O que se entende por (ir)racionalidade empresarial?

Em primeiro lugar quererá significar racionalidade económica, ou seja, “a consecução de um dado fim com o mínimo dispêndio de meios, ou a consecução, com dados meios, do máximo grau de realização do fim”<sup>16</sup>.

Deve então o administrador ser responsabilizado sempre que da sua atuação resultem prejuízos para a sociedade?

Deve ele ser responsabilizado sempre que ocorram resultados negativos do período?

Questões semelhantes são colocadas por Coutinho de Abreu e o nosso entendimento em relação às respostas são, também elas, semelhantes. A expressão “segundo critérios de racionalidade empresarial”, presente no n.º 2 do artigo 72.º, deve ser interpretada “restritivo-teleologicamente” sob pena de impossibilitar ou dificultar em grande medida a prova<sup>17</sup>. Como dissemos tem que ser tido em conta o contexto em que os deveres dos administradores são avaliados para que se faça um juízo ponderado sobre o cumprimento ou não dos respetivos deveres. Também quanto à avaliação da racionalidade esta ponderação deve ser tida em conta. Só com a análise do contexto económico-social,

---

<sup>15</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/11/2014, processo n.º 5314/06.3TVLSB.L1-7, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>16</sup> A análise aqui feita teve por base o que é dito por ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, op. cit., pp.44-48.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp.46.



geográfico e temporal e estando o avaliador colocado na posição do administrador (sentado na sua secretária) e tendo todos os dados possíveis de obter, é que se pode, justamente, aferir se a decisão foi ou não racional. Ligamos, para este efeito, irracionalidade a incompreensibilidade.

Importa notar que a *business judgement rule* não é aplicável quando as decisões dos administradores vão contra o dever de lealdade, deveres estatutários ou contratuais. Relativamente a estes não há discricionariedade, “os administradores têm de atuar no interesse da sociedade e cumprir os deveres especificados”<sup>18</sup>.

Como já referido, os administradores estão sujeitos a um conjunto de deveres. Estes deveres estão relacionados com a necessidade de preservar os interesses dos vários sujeitos direta ou indiretamente relacionados com a sociedade que aquele administra. No entanto, estes deveres não devem ser entendidos de forma estanque, uma vez que na administração há autonomia e discricionariedade<sup>19</sup>. De facto, na sua atividade os administradores estão na constante incerteza entre a necessidade da preservação do património social ou na *aposta* de risco para criação de riqueza e expansão da sociedade. Por o risco ser normal e andar a par com a vida empresarial, os administradores não serão responsabilizados pelos riscos naturais decorrentes dessa atividade.

Posto isto percebe-se que a discricionariedade está intimamente associada ao cargo de administração. Discricionariedade dentro de um espaço que “corresponde geometricamente a um círculo limitado dentro do círculo mais amplo dos deveres dos administradores”<sup>20</sup>. A responsabilidade do administrador não deixa de ser apreciada pelo facto de existir a discricionariedade. Deixará, no entanto, se este conseguir provar que (i) *atuou em termos informados*, (ii) *livre de qualquer interesse pessoal* e (iii) *segundo critérios de racionalidade empresarial*.

O espaço entre a responsabilidade dos administradores e a sua exclusão é, justamente, a *business judgement rule* ou, esta é a “preservação da discricionariedade exercida em ambiente

---

<sup>18</sup> ABREU, J. M. Coutinho de et al., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, op.cit., pp. 846.

<sup>19</sup> FRADA, Manuel Carneiro da, *A business judgement rule no quadro dos deveres dos administradores*, op.cit., pp. 180.

<sup>20</sup> *Ibid.*, pp. 183.

de incerteza e sob pressão de tempo, insindicabilidade judicial do mérito das decisões empresariais e irresponsabilidade pelos danos resultantes de «honest mistakes»<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> CARRILLO, Elena Pérez e RAMOS, Maria Elisabete, *Responsabilidade Civil e Seguro dos Administradores (Reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola)*, BFD, 82, 2006, pp. 304.

## PARTE II

### A CONFIGURAÇÃO DO SEGURO D&O EM PORTUGAL

#### 4. Introdução

A CMVM, aquando da proposta de alteração ao Código das Sociedades Comerciais de 2006, defendeu ser necessária uma densificação dos deveres dos administradores “não só para fornecer modelos de decisão claros mas também para permitir a efectivação aplicativa de previsões normativas decorrentes do incumprimento dos deveres societários”<sup>22</sup>. Entre as alterações legislativas de maior importância em 2006, destacam-se as alterações aos artigos 64.º, 72.º e 396.º do Código das Sociedades Comerciais. Uma das preocupações subjacentes a estas alterações foi a de acompanhar o crescimento das sociedades anónimas (repare-se desde logo na alteração do valor constante no artigo 396.º, n.º 1, tornando-o mais atual) e densificar a responsabilidade dos administradores de sociedades.

Como consequência, assistiu-se a uma melhor correspondência entre a responsabilidade civil e o regime previsto no artigo 396.º, passando o seguro (que é um dos meios admitidos, entre vários, de prestar caução<sup>23</sup>) a ser a favor *dos titulares de indemnizações* (credores sociais, sócios e terceiros) e não (apenas) da *sociedade*.

A integração de um sujeito no cargo de administração de uma sociedade implica a assunção de elevados riscos para o seu património<sup>24</sup>. A crescente globalização e dispersão do património societário, a distanciação entre o controlo da sociedade e os detentores da mesma, leva a que seja necessário conferir uma maior proteção àqueles que ocupam os cargos de chefia.

A intensa responsabilização dos administradores e a densificação dos deveres legais levaram a que houvesse a introdução em Portugal de novas formas de responder aos riscos inerentes ao cargo de administração. De facto, havia-se assistido no estrangeiro ao aumento do número de litígios respeitante às atuações dos administradores, o que não tardou a se alastrar para Portugal também. Seguindo as recomendações da CMVM, houve necessidade

---

<sup>22</sup> CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração ao código das sociedades comerciais*, Processo de Consulta Pública n.º 1/2006, pp. 16.

<sup>23</sup> REGO, Margarida Lima, *A quem aproveita o seguro de responsabilidade civil celebrado para os efeitos do art. 396.º CSC?*, pp. 423.

<sup>24</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *D&O Insurance e o projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro*, DSR, ano 4, vol. 7, 2012, pp. 175.

de estimular a contratação de seguros de responsabilidade civil dos administradores “que tão intensa utilização tem merecido no estrangeiro. Estes, recorde-se, oferecem a vantagem de mitigar o risco pessoal do património do administrador, eliminando desincentivos à atração de gestores talentosos”<sup>25</sup>

Passemos então a conhecer o seguro D&O, começando por elencar os aspetos fundamentais do seu surgimento, passando posteriormente à análise deste seguro em Portugal.

## 5. Aparecimento e funcionamento no estrangeiro

O seguro D&O nasce como consequência do *crash* bolsista de 1929. Embora tenha tido grande uso e crescimento nos Estados Unidos da América, é em Londres que surge a primeira apólice pela *Lloyd's Underwriters*, que visou cobrir a responsabilidade dos *directors and officers* perante os acionistas<sup>26</sup>. Esta apólice foi inicialmente elaborada para duas sociedades nos EUA.

Só na década de 70 do séc. XX se assistiu a um claro aumento da contratação do seguro D&O, como consequência da crescente litigiosidade contra os administradores. O referido aumento deve-se também, em grande parte, às posições contratuais de tomador e segurado. Ao contrário do que acontecia no início, onde os administradores eram “simultaneamente tomador e segurado”<sup>27</sup>, as sociedades passaram a pagar o prémio de seguro, a título de outras prestações (*fringe benefits*). É curioso perceber que as sociedades tinham interesse em ver este seguro cobrir erros de gestão dos administradores, porquanto, nesse caso, tinham a certeza de que haveria património para indemnizar eventuais lesados.

Também quanto aos riscos cobertos se assistiu progressivamente a um alargamento. No início, pretendia-se proteger os danos causados pelo administrador à sociedade. Posteriormente, passaram também a ser incluídos os danos causados a terceiros como acionistas, trabalhadores, investidores, entre outros. Com isto, os beneficiários deixaram de

---

<sup>25</sup> CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração ao código das sociedades comerciais*, Processo de Consulta Pública n.º 1/2006, pp. 20.

<sup>26</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *D&O INSURANCE: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, Almedina, 2007, pp. 4; RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, Almedina, 2010, pp. 254.

<sup>27</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *D&O INSURANCE: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, *op.cit.*, pp. 4.

ser somente as sociedades e passaram a ser, também, todos aqueles que tivessem direito a ser indemnizados.

Pelo constante alargamento das coberturas oferecidas, também a sociedade passou a ser segurada, em especial tendo em conta a possibilidade de ter o direito de regresso sobre o administrador pelas importâncias desembolsadas a título de indemnizações. Surge então uma nova configuração da cobertura. Para além da já referida cobertura (relativa às despesas que os administradores incorram com o litígio ou a título de indemnização – *side A coverage*), surge a *Side B coverage* que “cobre os desembolsos que sejam feitos pela sociedade ao cobrir aqueles custos dos seus *directors and officers*”<sup>28</sup>.

Uma vez que começaram a ser frequentes as ações contra os administradores e solidariamente contra a sociedade, surgiu a *Side C coverage* relativa à responsabilidade da sociedade, quando demandada.

Outra das grandes evoluções verificadas a nível internacional prende-se com a cobertura relativa aos custos do litígio. Os elevadíssimos montantes pedidos em sede de indemnização levam a que o administrador, em primeiro lugar, procure defender-se da pretensão contra si formulada, para só depois, com o remanescente do capital, indemnizar terceiros. Outra coisa não faria sentido. Por vezes não é devido pelo administrador qualquer tipo de indemnização, ou porque este atuou dentro dos seus poderes legais e em cumprimento dos seus deveres, ou porque não haverá qualquer ilegalidade cometida. Assim, é natural que o administrador procure defender-se judicial ou extrajudicialmente, fazendo uso do capital coberto, para de seguida, caso não saia “vencedor”, ter que indemnizar.

Resulta do exposto a ideia de que o aperfeiçoamento do funcionamento e aplicação do seguro D&O levou por vezes a abusos por parte dos administradores nos riscos assumidos na gestão. A consequência foi o alargamento das exclusões (a atos dolosos, por exemplo) e o consequente aumento do valor dos prémios e franquias.

Por fim, verificou-se a globalização deste tipo de seguro com a crescente utilização no mercado europeu, quer pelo facto de sociedades norte americanas se sediarem na Europa, quer pela exigência da contratação deste tipo de seguro para as sociedades cotadas em bolsa.

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, pp. 5.

## **6. A reforma do Código das Sociedades Comerciais – em especial a alteração ao artigo 396.º – e a introdução do seguro D&O em Portugal**

Foram apresentadas, pela CMVM, três razões fundamentais para a alteração ao Código das Sociedades Comerciais. Em primeiro lugar pretendeu-se fazer alterações de fundo, uma vez que tinham passado (em 2006) quase 20 anos desde a aprovação do Código das Sociedades, e que era necessária uma “reponderação global”<sup>29</sup> do texto legislativo. Por outro lado, era preciso introduzir em Portugal, sem ser através de regulamentos e recomendações, a temática da *corporate governance*, que na altura (e ainda hoje) merecia destaque internacional. Por fim, como resposta à Oitava Diretiva de Direito das Sociedades, era necessária a reformulação quanto à fiscalização das sociedades.

Posto isto, e com interesse para o tema que nos ocupa, as transformações ao Código das Sociedades Comerciais operadas pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, vieram alterar o regime do artigo 396.º referente à caução.

As principais alterações verificaram-se no valor a caucionar (que aumentou de € 5.000 para € 250.000 ou € 50.000) e nos titulares de indemnização (passagem de “a favor da sociedade” para “a favor dos titulares de indemnizações”).

Neste sentido escreveu a CMVM na Proposta de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais, que relativamente ao montante de € 5.000 se tratava de uma verba claramente desajustada. A necessidade de alteração no sentido de atualização dos valores é compreensível tendo em conta o crescimento, evolução e globalização das sociedades comerciais e as elevadas exigências inerentes ao cargo de administração de sociedades. Houve, de facto, necessidade de harmonizar o artigo 396.º, n.º 2, onde se prevê a possibilidade de substituir a caução pela contratação de um seguro que confira proteção aos administradores, com as responsabilidades perante a sociedade, perante os credores sociais, os sócios e terceiros.

Foi neste contexto que surgiu o seguro D&O em Portugal, sendo introduzido mais tarde do que nos restantes países europeus. De facto, só com as referidas alterações ao Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente ao artigo 396.º, é que há, por parte da CMVM, uma referência clara a este tipo de seguro. E percebe-se esta consagração tardia, uma vez

---

<sup>29</sup> CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração ao código das sociedades comerciais*, Processo de Consulta Pública n.º 1/2006, pp. 7.

que “a experiência jurisdicional portuguesa conhece uma escassa litigância em matéria de responsabilidade civil dos administradores”<sup>30</sup>. É prática comum em Portugal que os litígios societários sejam resolvidos através da destituição dos administradores o que determina o não ressarcimento dos danos provocados pelos membros do órgão de administração pelos atos que ilícita e culposamente causem à sociedade e a terceiros<sup>31</sup>.

Repare-se no que é dito na proposta da CMVM: “Interessaria corrigir esta previsão [relativa à cobertura] de modo a estimular os seguros de responsabilidade dos administradores (*D&O Insurance*), que tão intensa utilização tem merecido no estrangeiro”<sup>32</sup>. Era, portanto, objetivo da CMVM introduzir em Portugal o seguro D&O com a conformação e dimensão internacional. O seu objetivo passava por alargar a cobertura do risco. Assistiu-se à evolução de “um contrato de seguro a favor da sociedade” para um “contrato de seguro a favor dos titulares de indemnizações”.

Constata-se três vantagens na utilização de um seguro D&O. Por um lado, *(i)* maior proteção de terceiros, por outro, *(ii)* a mitigação do risco pessoal do património do administrador e, por fim, *(iii)* a atração de gestores para ocupar cargos de administração.

Resulta do que foi dito até então que a única referência ao seguro de responsabilidade civil se encontra no artigo 396.º, n.º 2.

Como poderemos então saber quem são os segurados e os tomadores? A falta de legislação neste sentido “deixa espaço a várias alternativas negociais”<sup>33</sup>, por não haver um regime básico sobre este tipo de seguro. Assim, constata-se que a experiência internacional ajudou a desenvolver o seguro de responsabilidade civil hoje existente, nomeadamente quanto ao facto de ser um seguro por conta de terceiros (a sociedade é a tomadora), quanto à questão da exclusão do dolo, quanto às coberturas típicas entre outros.

---

<sup>30</sup> CARRILLO, Elena Pérez e RAMOS, Maria Elisabete, *Responsabilidade Civil e Seguro dos Administradores (Reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola)*, *op. cit.*, pp. 294.

<sup>31</sup> SILVA, João Soares da, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance*, pp. 609.

<sup>32</sup> Parênteses nosso.

<sup>33</sup> CARRILLO, Elena Pérez e RAMOS, Maria Elisabete, *Responsabilidade Civil e Seguro dos Administradores (Reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola)*, *op. cit.*, pp. 295.

## 7. Singularidades e dificuldades (na introdução) do seguro em Portugal

A introdução do seguro D&O em Portugal, tal como proposta pela CMVM, não foi pacífica. Tendo em conta as “singularidades”<sup>34</sup> que a nova redação que artigo 396.º apresenta, várias foram as respostas dos administradores, das sociedades e das seguradoras.

Mas o que tornou difícil a aplicação “direta” do seguro de D&O na conformação internacional habitual?

Nas palavras de Maria Elisabete Ramos, “a verdade é que a reflexão que se faça em Portugal em torno do seguro de responsabilidade civil dos administradores não pode ser confinada à análise daquela norma [o artigo 396.º, n.º 2]”. Tal se deve a alguns fatores relacionados com a própria conformação do artigo. Neste sentido, Margarida Lima Rego<sup>35</sup> alude que os seguros D&O, “na sua configuração típica atual, teriam de sofrer adaptações muito significativas para se ajustarem aos constrangimentos do art. 396.º CSC”.

Estes “constrangimentos” resultam da análise detalhada dos números 1 e 2, do artigo 396.º, do Código das Sociedades Comerciais. Vejamos.

A responsabilidade de cada administrador *deve* ser caucionada por alguma das formas admitidas na lei. É isto que resulta da leitura do número 1. Significa isto que *cada um* dos administradores deve caucionar a sua responsabilidade no montante fixado no n.º1 do artigo 396.º, do CSC (€ 250.000 ou € 50.000, consoante os casos). Somos de concordar que a “caução constitui um entrave ao recrutamento de administradores”<sup>36</sup>.

Do teor do artigo 396.º, n.º 2, retira-se que a sociedade não pode suportar os encargos tidos com o contrato de seguro, pelo menos até aos limites estabelecidos no n.º 1. Esta imposição determina que a sociedade não possa contratar um seguro por conta dos administradores (seguro por conta de outrem). “No seguro D&O, a sociedade (tomadora) contrata (e paga) uma única apólice que garante todos os administradores (...) e, deste modo, o património dos administradores-segurados é libertado dos encargos próprios do

---

<sup>34</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit, pp. 334.

<sup>35</sup> REGO, Margarida Lima, *A quem aproveita o seguro de responsabilidade civil celebrado para os efeitos do art. 396.º CSC?*, pp. 419.

<sup>36</sup> ABREU, J. M. Coutinho de et al., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Almedina, vol. VI, Coimbra, 2013, pp.307.



seguro”<sup>37</sup>. Decorre ainda que, em regra, o seguro D&O, tal como conformado pela experiência internacional e usado na prática portuguesa, exclui a cobertura de atos fraudulentos ou praticados com dolo. Ora, resulta do artigo 46.º, n.º 1 do Regime Jurídico do Contrato de Seguro que nos seguros de responsabilidade civil podem ser cobertos atos dolosos o que levanta desde logo outro problema na introdução do seguro D&O em Portugal. Pelas especificidades destas questões, ambas serão alvo de tratamento autónomo adiante na nossa exposição<sup>38</sup>.

Não podemos afirmar, portanto, que o número 2 do artigo 396.º tenha abraçado o seguro D&O de origem e desenvolvimento internacional, tal como era objetivo da CMVM, ou, nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos, o “tipo social do *D&O Insurance*”<sup>39</sup>.

As soluções a estes entraves foram apresentadas pelo mercado segurador com a introdução do “Seguro de Titulares e Órgãos de Administração e Fiscalização das Sociedades Comerciais” que corresponde ao legalmente exigido pelo artigo 396.º, n.º 2, seguro que será objeto de análise *infra*<sup>40</sup>.

## 8. Configuração habitual do seguro D&O em Portugal

Neste ponto abordaremos quais os interesses e riscos presentes no seguro D&O, os sujeitos que habitualmente figuram no contrato, as cláusulas típicas na prática portuguesa e ainda as suas exclusões, tendo sempre por base um conjunto de apólices que analisámos de seguros a operar atualmente em Portugal.

### 8.1 Sujeitos

Neste ponto abster-nos-emos de considerações relativas à seguradora pelo facto de essa não apresentar grandes especificidades em relação com o contrato típico de seguro.

Assim, começamos pelo tomador do seguro. Já temos vindo a referir, nomeadamente no ponto referente à evolução histórica, que é comum na prática seguradora que a sociedade surja como tomadora do seguro. O tomador de seguro é quem negocia com a seguradora

---

<sup>37</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit., pp. 333.

<sup>38</sup> Vide pontos, 8.2 e 8.6 *infra*.

<sup>39</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *D&O INSURANCE: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, op. cit., pp. 35.

<sup>40</sup> No ponto, 9.1 *infra*.

os termos do contrato e que “fica vinculado às obrigações que dele resultam”<sup>41</sup>. Nada na lei impede que este seguro seja contratado pelo administrador individualmente<sup>42</sup>, no entanto é habitual que o impedimento surja por parte das seguradoras que “exigem que a sociedade (enquanto tomadora) o celebre para toda a equipa de administração”<sup>43</sup>.

Já quanto ao segurado, é definido como “o sujeito que se situa dentro da esfera de proteção direta, e não meramente reflexa, do seguro, de quem pode afirmar-se, em suma, que está «coberto» pelo seguro”<sup>44</sup>. A prática demonstra que no seguro D&O o segurado é o administrador. Este tema será desenvolvido detalhadamente no ponto 11, da PARTE III, quando tratarmos da qualificação jurídica do seguro D&O.

São terceiros, para efeito do contrato, todas as “não-partes”<sup>45</sup>. São partes<sup>46</sup> o segurador, o tomador do seguro e o segurado. São terceiros, para o contexto que analisamos, todos aqueles que possam ser afetados com a atuação ilícita de um administrador e que, como consequência, têm direito a ser indemnizados.

Coloca-se a questão de saber se a sociedade, que regra geral assume a posição de *tomador do seguro*, pode, simultaneamente, ser também terceiro lesado. Como refere Margarida Lima Rego, “nem sempre o lesado ocupa a posição de um verdadeiro terceiro: pode acontecer que seja o próprio tomador”<sup>47</sup>, dando até exemplos, nomeadamente quanto aos seguros D&O que, geralmente, são contratados “por um potencial lesado por conta de um potencial lesante”. Dadas as circunstâncias poderia pensar-se que tal permissão daria aso a fraudes, no entanto “os seguradores adotam várias medidas”<sup>48</sup> por forma a evitar tais ocorrências.

---

<sup>41</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit., pp. 415.

<sup>42</sup> O mesmo até pode ser pensado para os administradores não executivos que exercem funções em várias sociedades.

<sup>43</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit., pp. 415.

<sup>44</sup> REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2010, pp.46

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp.43.

<sup>46</sup> Para definição de “partes” v. *Ibid.*, pp.44 *alud* JÚNIOR, Santos, *Responsabilidade*, pp. 448-449, que as define como «Partes, no contrato, são os contraentes, aqueles que contrataram – emitiram as respetivas declarações negociais».

<sup>47</sup> *Ibid.*, pp.532.

<sup>48</sup> RAMOS, Maria Elisabete, in *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit., pp. 421, destaca “a) a exigência de que a reclamação seja feita por via judicial; b) a imposição de que a cessação das funções dos administradores demandados seja simultânea à reclamação; c) que seja estipulada uma franquia que torna os administradores responsáveis por parte da indemnização; d) a estipulação de um sobreprémio”.

## 8.2 Encargos

É prática internacional que no seguro D&O a sociedade surja como tomadora do seguro e que o administrador assuma a posição de segurado<sup>49</sup>.

Importa perceber se a contratação do seguro por parte da sociedade pode, de alguma forma, ser entendido como uma limitação ou exclusão da responsabilidade, uma vez que são nulas as cláusulas, inseridas ou não no contrato de sociedade, que limitem ou excluam a responsabilidade dos administradores – assim estabelece o n.º1 do artigo 74.º, do Código das Sociedades Comerciais.

Para Elena Pérez Carrillo, “el contrato de seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos se configura como instrumento de *limitación* de la responsabilidad de los administradores sociales que hayan causado daño”<sup>50</sup>. No entanto, não parece ser esse o entendimento em Portugal. Surgem, aliás, alusões de que este tipo de contratação constitui um seguro por conta de outrem<sup>51</sup>. E não faltam argumentos a favor da licitude da subscrição do seguro por parte da sociedade. Assim, são apontadas várias razões, entre elas<sup>52</sup>, que (i) a responsabilidade civil se mantém uma vez que os atos dolosos são excluídos da cobertura, (ii) que o seguro apenas diminui o risco dos administradores pagarem as indemnizações, (iii) que a sociedade também beneficia da contratação do seguro, (iv) que por muito que fossem os administradores a pagar o seguro iria ocorrer o reembolso das importâncias despendidas e (v) que a possibilidade de a sociedade suportar o valor do prémio está legalmente consagrada no artigo 396.º, n.º 2, embora em termos limitados.

Tendo em conta o que acima ficou dito, atentemos a segunda parte do n.º 2 do artigo 396.º, que refere que “os encargos não podem ser suportados pela sociedade, salvo na parte em que a indemnização exceda o mínimo fixado no número anterior”. O legislador pretendeu, com esta norma, impedir que a sociedade cubra os custos inerentes ao contrato de seguro porque, em última instância, seria a própria sociedade a responder pelos atos praticados

---

<sup>49</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *D&O INSURANCE: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, op. cit., pp. 14; RAMOS, Maria Elisabete, in *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit., pp. 311.

<sup>50</sup> CARRILLO, Elena Pérez e RAMOS, Maria Elisabete, *Responsabilidade Civil e Seguro dos Administradores (Reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola)*, op. cit., pp. 311 alud CARRILLO, E. F. Pérez, *La administración de la sociedad anónima*, 1999, pp. 230.

<sup>51</sup> REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, op. cit., pp. 582.

<sup>52</sup> CARRILLO, Elena Pérez e RAMOS, Maria Elisabete, *Responsabilidade Civil e Seguro dos Administradores (Reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola)*, op. cit., pp. 311-312.

pelos administradores individualmente. A sociedade apenas pode, portanto, financiar acima dos limites previstos no n.º 1 do mesmo artigo, para que uma maior proteção da própria sociedade seja garantida perante terceiros. A prática mostra-nos que no seguro D&O é a própria sociedade a tomadora de seguro, sendo a mesma a pagar a totalidade do prémio.

### 8.3 Risco e interesse

“Para que um determinado interesse seja segurável, é necessário que se encontre ameaçado por um determinado risco”<sup>53</sup> e esse interesse deve ser digno de proteção legal relativamente ao risco coberto, sob pena de nulidade do contrato<sup>54</sup>.

Embora o conceito de risco esteja ligado ao de interesse, eles não são a mesma coisa<sup>55</sup>. O interesse “liga a pessoa com o meio (bem) de que esta necessita para realizar um seu fim”<sup>56</sup>. Sendo o seguro de responsabilidade civil um seguro de danos<sup>57</sup>, o interesse que se pretende tutelar é o património do segurado, impedindo a sua diminuição no caso de este ter de indemnizar<sup>58</sup>. O segurador cobrirá o risco de constituição, no património do segurado, de uma obrigação de indemnizar – artigo 137.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

No entanto, o risco em causa é o risco de, no exercício das *suas* funções, o *administrador* ter de indemnizar terceiros pelos danos ocorridos no património destes; os administradores estão, portanto, “expostos ao *risco de responsabilidade civil*”<sup>59</sup>.

Abordaremos a questão com outra profundidade quando abordarmos a qualificação do seguro D&O como seguro por conta de outrem e/ou seguro de grupo<sup>60</sup>. Por agora deixamos apenas uma pequena nota quanto à discussão sobre qual o órgão competente para deliberar a contratação do seguro. Pelo facto de a matéria não ser regulada pela lei, a doutrina tem divergido. Assim, uns referem que é ao órgão de administração que compete essa decisão. Outros salientam que, pelo facto de haver um interesse *pessoal* dos

---

<sup>53</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit., pp. 423.

<sup>54</sup> Vide artigo 43º, n.º 1 do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

<sup>55</sup> REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, op. cit., p. 231.

<sup>56</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit., pp. 424 alud VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria geral do direito civil*, 5.ª ed., Almedina, 2008, pp.634.

<sup>57</sup> Inserido na Secção I, do Capítulo II, do Título II (Seguro de Danos), do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

<sup>58</sup> Neste sentido, RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit., pp. 425.

<sup>59</sup> *Ibid*, p. 428.

<sup>60</sup> *Infra*, no ponto 11.

administradores na contratação do seguro já que serão eles mesmo, para além da sociedade, beneficiários do mesmo, caberá à assembleia geral a deliberação da contratação do seguro<sup>61</sup>. Em nossa opinião, deverá caber à coletividade dos sócios essa decisão. Só desta forma é possível contratar o seguro que melhor se adequa à sociedade, sendo ponderados os vários interesses: Primeiramente, o interesse da proteção do património do administrador; em segundo lugar, os interesses da própria sociedade. Repare-se que, caso seja o órgão de administração a decidir a contratação do seguro, serão os seus titulares a negociar as respetivas cláusulas, podendo tender a escolher aquelas que melhor protegem os seus próprios interesses (optando, por exemplo, por um valor mais alto do que o necessário para, efetivamente, salvaguardar a integridade do seu património). Assim, parece ser importante o afastamento dos administradores do poder de decisão.

Quanto à declaração de risco, também um breve comentário para referir a importância que esta declaração tem no seguro D&O pelas consequências que podem advir da inexatidão da declaração inicial. Estas consequências passam pela anulabilidade ou nulidade, ou ainda medidas que podem afetar o conteúdo contratual – cfr. Artigos 24.º, 25.º e 26.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro. Pelo facto de a sociedade, enquanto tomadora do seguro, e o administrador, enquanto segurado, conhecerem melhor do que o segurador o risco de responsabilidade civil<sup>62</sup>, a questão torna-se fundamental aquando da celebração do contrato. Estamos perante uma “assimetria informativa” entre as partes envolvidas no contrato de seguro.

#### **8.4 Riscos habitualmente cobertos**

De acordo com as apólices e informações pré-contratuais a que tivemos acesso, é comum a existência da cobertura de um conjunto de riscos, todos eles relacionados com a atividade do administrador ou com aqueles que lhe são próximos. Assim, é geralmente coberta: (i) a responsabilidade civil por erros decorrentes de prejuízo causados involuntariamente a terceiros; (ii) a responsabilidade civil por práticas laborais incorretas, de que são exemplos o despedimento sem justa causa, discriminação em função do género ou cor, assédio sexual, entre outros; (iii) custos de defesa relacionados com a responsabilidade civil; (iv) custos de representação legal (tais como deslocações, despesas de estadia, despesas com investigação

---

<sup>61</sup> Para melhor compreensão, *vide Ibid.*, pp. 429-432.

<sup>62</sup> Maria Elisabete Ramos usa a ideia “originalmente formulada” por AKERLOF, George *in The Market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism*, QJE, 84 (1970), pp. 488 e ss.

para preparação da defesa, fianças e cauções exigidas pelo juiz, entre outros); (v) reembolso ao tomador do seguro de perdas resultantes das reclamações deduzidas contra o segurado.

Assim, as coberturas mais comuns abrangem a responsabilidade dos administradores pelos prejuízos que decorrem de reclamações resultantes de atos danosos cometidos no exercício das suas funções, os custos de defesa para fazer face a uma reclamação de terceiros e o reembolso da sociedade caso esta já tenha indemnizado eventuais lesados. Roberta Romano, a este respeito, refere que as apólices do seguro D&O são compostas por duas partes, o reembolso da sociedade e a responsabilidade civil dos administradores: “D&O policies consist of two parts, a "Company Reimbursement" portion, that reimburses the corporation for legally valid indemnification payments made to directors and officers for covered losses, and a "Directors and Officers Liability" part, that provides personal coverage, reimbursing the individual directors and officers for unindemnified payments”<sup>63</sup>.

### 8.5 Coberturas habituais na prática portuguesa

Como referido supra, a propósito da evolução histórica do seguro D&O<sup>64</sup>, este, geralmente, inclui três modalidades de coberturas, a *Side A*, a *Side B* e a *Side C Coverage*.

A *Side A Coverage* cobre diretamente a responsabilidade civil dos administradores, incluindo as despesas em que incorram com os litígios ou com as indemnizações que são devidas aos lesados, sempre que a sociedade não o faça.

A *Side B Coverage* cobre as despesas que a sociedade suporte pelas indemnizações que sejam devidas pelos administradores, sendo normalmente reembolsos ou adiantamentos que estes tenham de pagar como consequência da sua responsabilidade civil.

Por último, a *Side C Coverage* cobre a responsabilidade civil da própria sociedade, como consequência das reclamações e litígios contra esta, solidariamente com os administradores.

É ainda possível encontrar-se um tipo de seguro com uma cobertura diferente para os administradores que pertençam a vários conselhos de administração e que necessitem de estar cobertos por uma única apólice. Neste caso não será nenhuma das sociedades a

---

<sup>63</sup> ROMANO, Roberta, *What Went Wrong With Directors' and Officers' Liability Insurance?*, Delaware Journal of Corporate Law, vol. 14, n.º. 1, 1989.

<sup>64</sup> Vide ponto 5, *supra*.

figurar como tomador do seguro, mas sim o próprio administrador que cumulará a posição de tomador e segurado.

A prática mostra que hoje a principal cobertura do seguro D&O prende-se com os custos relativos ao litígio<sup>65</sup>. Tal acontece pelo facto de esta prática ter surgido num clima de forte litigância presente nos países anglo-saxónicos. Assim, o receio dos administradores de serem demandados judicialmente por atuações tomadas no exercício das suas funções (mesmo que sem razão aparente) levou a que o mercado segurador passasse a cobrir os custos de defesa. De facto, a qualificação e o aferimento dos atos como atos dolosos dos administradores “só poderá ser concluída a final, com o trânsito em julgado. Até esse momento, não poderão as seguradoras deixar de custear, embora, no caso de se provar o dolo, tenham, regresso contra o segurado<sup>66</sup>. Encontram-se geralmente cobertos os honorários dos advogados, as custas judiciais e as restantes despesas necessárias para a defesa jurídica do administrador. O tema será tratado no decurso da nossa exposição, nomeadamente no ponto 11, b), *infra*.

## 8.6 Exclusões

“*The story of the D&O policy is the story of its exclusions from coverage*”<sup>67</sup>, o que aponta no sentido de a conformação contratual pelas partes se fazer com base na escolha das exclusões dos riscos.

São exemplos típicos de exclusões, e matéria que merece atenção acrescida, as questões relacionadas com o dolo. Assim, é comum que surjam exclusões da garantia de cobertura quanto aos danos decorrentes de qualquer ato ou omissão fraudulento, doloso, criminal e/ou deliberadamente contrário à lei. Pelo diferente tratamento que o dolo tem no seguro D&O e no seguro previsto no artigo 396.º, n.º 2 (sendo naquele excluído da cobertura e neste incluído), abordaremos este tema no ponto 9.1, *infra*, aquando do confronto entre os dois seguros.

---

<sup>65</sup> “não se deve esquecer que o custeio da lide é tipicamente a principal cobertura deste seguro” in VASCONCELOS, Pedro Pais de, *D&O INSURANCE: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, op. cit., pp. 1181.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 1180.

<sup>67</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit., pp. 483 alud BUXBAUM, Richard M., *The duty of care and the business judgement rule in american law. Recent developments and current problems*, in: K. Kreuzer (Hrs), *Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften*, Baden-Baden Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, pp. 94.

Fora destes casos, encontram-se no mercado segurador cláusulas que excluem a cobertura de factos resultantes de:

- (i) processos judiciais já em curso aquando da celebração do contrato de seguro e factos relacionados com estes;
- (ii) factos já conhecidos quer pelo tomador de seguro, quer pelo segurado, e que de alguma forma omitam ou alterem as declarações iniciais de risco podendo originar uma reclamação;
- (iii) celebração de outro contrato de seguro que contenha o mesmo conteúdo contratual, conferindo a mesma ou semelhantes proteção relativamente aos riscos cobertos, do que o seguro que se pretende contratar;
- (iv) obtenção de vantagens e benefícios de forma ilegal;
- (v) reclamações baseadas na falta de pagamentos à Autoridade Tributária;
- (vi) reclamações baseadas em questões ambientais ou, de um modo geral, de produtos nocivos para a saúde;
- (vii) pagamento de garantias pessoais, tais como o aval e a fiança; *entre outros*.

Quanto à exclusão das responsabilidades criminal e contraordenacional, o artigo 14.º, n.º1 do Regime Jurídico do Contrato de Seguro é imperativo: “é proibida a celebração de contrato de seguro que cubra os seguintes riscos: a) Responsabilidade criminal, contraordenacional ou disciplinar; b) Rapto, sequestro e outros crimes contra a liberdade pessoal; c) Posse ou transporte de estupefacientes ou drogas cujo consumo seja interdito; d) Morte de crianças com idade inferior a 14 anos ou daqueles que por anomalia psíquica ou outra causa se mostrem incapazes de governar a sua pessoa”. Confirmando a imperatividade da lei, é comum encontrar exclusões referentes à responsabilidade criminal e contraordenacional nas apólices do seguro D&O. Ainda assim, o n.º 2 do mesmo artigo permite a “assegurabilidade da responsabilidade civil *eventualmente associada* a responsabilidade criminal, contra-ordenacional ou disciplinar”<sup>68</sup>.

Também aqui, apontamos três exclusões principais: “the Fraud exclusion for claims involving actual fraud or personal enrichment, (2) the Prior Claims exclusion for claims

---

<sup>68</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, *op.cit.*, pp. 393.



either noticed or pending prior to the commencement of the policy period, and (3) the Insured v. Insured exclusion for litigation between insured persons”<sup>69</sup>.

A exclusão da *fraud* previne que o segurado seja coberto quanto a atos dolosos, fraudulentos e desonestos. A exclusão das *prior claims* relaciona-se com a declaração inicial do risco, isto é, com os riscos que, à data de celebração do seguro, o administrador já tivesse praticado ou estivesse na eminência de praticar, ou ainda que já tivessem sido objeto de reclamação. Sabendo, desde logo, que o iria cometer, era-lhe devida essa comunicação aquando da celebração do seguro. Por fim, as exclusões *insured vs. insured* destinam-se a “evitar o conluio entre administradores”<sup>70</sup> uma vez que afasta “a cobertura da responsabilidade imputada por um segurado a outro segurado, mais concretamente por um administrador a outro administrador”<sup>71</sup>.

## 9. O seguro D&O em confronto com outros seguros

### 9.1 O seguro previsto no artigo 396.º, n.º 2 (“*Seguro de Titulares e Órgãos de Administração e Fiscalização das Sociedades Comerciais*”) e a questão do dolo

Comecemos, neste ponto, por fazer uma breve referência à caução que constitui um dever legal e que não encontra paralelo noutras jurisdições próximas da nossa<sup>72</sup>.

Por não estar especificado no Código das Sociedades Comerciais que tipo de caução deverá ser prestada, entendemos que essa escolha caberá ao administrador. No entanto, este terá que observar o disposto no artigo 623.º, n.º 1, do Código Civil, pelo que a caução “pode ser prestada por meio de depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, ou por penhor, hipoteca ou fiança bancária”. Por outro lado, a caução pode ser prestada por meio de seguro, já que “[c]aução, em sentido estrito, é toda a garantia imposta ou autorizada por lei, decisão judicial ou negócio jurídico, para assegurar o cumprimento de obrigações eventuais ou de amplitude indeterminada. A celebração de um seguro a favor

---

<sup>69</sup> BAKER, Tom and GRIFFITH, Sean J., *Predicting Corporate Governance Risk: evidence from the Directors’ & Officers’ Liability Insurance Market*, pp. 500.

<sup>70</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit., pp. 492.

<sup>71</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *D&O INSURANCE: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, op. cit., pp. 32.

<sup>72</sup> ABREU, J. M. Coutinho de et al., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Almedina, vol. VI, Coimbra, 2013, pp. 307.

dos titulares de indemnizações é um de entre os vários meios admitidos para a prestação da caução<sup>73</sup>.

O mercado de seguros em Portugal, em resposta às exigências legislativas, desenvolveu modalidades de seguros capazes de responder às necessidades dos administradores e das sociedades.

Deste modo, foi criado o “Seguro de Titulares e Órgãos de Administração e Fiscalização das Sociedades Comerciais”<sup>74</sup> que corresponde ao legalmente exigido no artigo 396.º do Código das Sociedades Comerciais Português, no que respeita à responsabilidade civil imputável aos titulares de órgãos de administração ou de fiscalização das sociedades anónimas.

É possível retirar do artigo 396.º que “a) os *capitais seguros mínimos* estão legalmente fixados no n.º1; b) o seguro é necessariamente estipulado “a favor dos titulares de indemnizações” e c) os encargos não podem ser suportados pela sociedade salvo na parte em que a indemnização exceda o mínimo fixado no n.º 1”<sup>75</sup>. Se este seguro for tomado como um seguro de responsabilidade civil, “o segurador cobre o risco de constituição, no património do segurado, de uma obrigação de indemnizar terceiros” – artigo 137.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro. O administrador é, para estes casos, tomador do seguro e segurado, isto porque, nas palavras de Margarida Lima Rego, “nos seguros de danos, o segurado é a pessoa em cuja esfera se buscam os danos”<sup>76</sup>. Já os “titulares de indemnizações” são os terceiros afetados pela atuação dos administradores, compreendendo quer a própria sociedade, quer os acionistas, trabalhadores e colaboradores, os credores e os demais lesados.

Compete-nos perceber se o seguro substitutivo de caução pode ou não comportar atuações dolosas já que este será o ponto principal de diferença entre este seguro ora em análise e o seguro D&O, objeto do nosso estudo. A questão não poderá ficar resolvida sem que se refira a obrigatoriedade (ou não) do seguro previsto no artigo 396.º, número 2, uma vez que uma (o dolo) e outra (obrigatoriedade) estão intimamente ligadas.

---

<sup>73</sup> REGO, Margarida Lima, *A quem aproveita o seguro de responsabilidade civil celebrado para os efeitos do art. 396.º CSC?*, pp. 423.

<sup>74</sup> Pode surgir outra denominação semelhante uma vez que há uma variada oferta por parte das seguradoras que pretende cumprir os requisitos do artigo 396.º, n.º 2.

<sup>75</sup> ABREU, J. M. Coutinho de et al., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Almedina, vol. VI, *op. cit.*, pp. 316.

<sup>76</sup> REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, *op. cit.*, pp. 48.

O seguro previsto no artigo 396.º, número 2, surge para satisfação do dever de prestar caução e, tal como refere o preceito legal, “*pode* ser substituída por um contrato de seguro”. Decorre naturalmente da letra da lei o carácter facultativo da celebração do seguro. Margarida Lima Rego, embora refira que o “dever que impende sobre os administradores é o de prestar caução”, e referindo o carácter facultativo da celebração de um contrato de seguro, entende que, por identidade de razão, “deverá aplicar-se a este seguro de responsabilidade civil de administradores, na medida em que se destine a dar cumprimento a este dever legal, o regime dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil”<sup>77</sup>. Esta solução é fundamentada com a necessidade de proteger os lesados, “assegurando a existência de meios suficientes para o integral ressarcimento dos seus danos”<sup>78</sup>.

Havendo carácter obrigatório do seguro em apreço, não são excluídos, em regra, os riscos provenientes de atos dolosos. É isto que decorre do artigo 148.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro. Assim, “No seguro de responsabilidade civil, a cobertura de atos ou omissões dolosos depende do regime estabelecido em lei ou regulamento”. Caso estes sejam omissos, “há cobertura de atos ou omissões dolosos do segurado”. O carácter obrigatório ou facultativo determina se estaremos perante a obrigação de cobrir os danos provenientes de atos dolosos ou não. O Conselho Nacional de Supervisores Financeiros (composto pelo Banco de Portugal, pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e pelo Instituto de Seguros de Portugal) esclareceu o sentido do artigo 396.º considerando não parecer “admissível a exclusão de atos ou omissões dolosas praticados pelo administrador”<sup>79</sup>. Também Pedro Pais de Vasconcelos, embora de forma não tão clara, parece adotar o mesmo entendimento. Explica o autor, a propósito do artigo 437.º, n.º 3, do Código Comercial (entretanto revogado pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril), onde se menciona que o seguro fica sem efeito “se o sinistro tiver sido causado pelo segurado ou por pessoa por quem ele seja responsável ou por pessoa por quem ele seja civilmente responsável”, que, “na nudez da sua letra”<sup>80</sup>, o artigo exclui a cobertura da responsabilidade quando o facto gerador tiver sido intencionalmente causado. Alude este

---

<sup>77</sup> REGO, Margarida Lima, *A quem aproveita o seguro de responsabilidade civil celebrado para os efeitos do art. 396.º CSC?*, pp. 423.

<sup>78</sup> *Ibid.*, pp. 424.

<sup>79</sup> Nota do Conselho Nacional de Supervisores Financeiros, *Comentário ao art. 496.º do CSC*.

<sup>80</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *D&O INSURANCE: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, *op. cit.*

autor, por último, que tal interpretação excluiria “quase completamente, a utilidade do seguro para «substituir» a caução”<sup>81</sup>.

Já no seguro D&O o mesmo não ocorre. É, aliás, prática comum, que a cobertura seja excluída nos “*deliberate acts*: é excluída a cobertura das responsabilidades emergentes de actos, omissões ou condutas intencionalmente ilícitas”<sup>82</sup>. Maria Elisabete Ramos fala em “risco moral” caso estejamos perante a manutenção da cobertura em caso de dolo, porque “induziria comportamentos não diligentes; de alguma forma, premiaria quem representou o sinistro e quis produzi-lo”<sup>83</sup>. Perante as situações de dolo “consolidou-se no direito comparado a libertação do segurador da obrigação de realizar a prestação a que estava vinculado”<sup>84</sup>.

É referido nas informações pré-contratuais e apólices que analisámos, que ficam excluídos atos decorrentes de qualquer ato ou omissão fraudulento, doloso, criminal e/ou deliberadamente contrário à lei. Fica, portanto, arrumada a questão relativa ao dolo quanto ao regime que é aplicado pela *praxis* portuguesa ao seguro D&O, que difere neste ponto do seguro que pretende preencher os requisitos do artigo 396.º, n.º 2.

Independentemente dos argumentos em relação a esta questão, acreditamos que, após tudo o que ficou dito, ficam patentes as diferenças entre o seguro do artigo 396.º e o seguro D&O e que ficam resumidas no seguinte<sup>85</sup>:

- “a) ao passo que no primeiro, o tomador de seguro é o titular do órgão de administração/fiscalização, no segundo a sociedade é a tomadora do seguro;
- b) no primeiro, o segurado é o titular do órgão de administração, no segundo, são segurados a sociedade, as sociedades coligadas, os administradores, herdeiros e legatários;
- c) no primeiro. É garantido o risco de responsabilidade civil e no segundo são garantidos a responsabilidade civil das pessoas seguras, o reembolso da sociedade e coberturas complementares;

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, *op. cit.*, pp. 398.

<sup>84</sup> *Ibid.*, pp. 398-399.

<sup>85</sup> V. a enumeração feita por Maria Elisabete Ramos, *Ibid.*, pp. 336.

d) no primeiro, são excluídos os riscos de responsabilidade civil que não seja segurável por lei e a responsabilidade emergente de atos que não correspondam à violação de deveres de administração ou de fiscalização, no segundo é bem mais alargado o rol dos riscos excluídos”.

## 9.2 O seguro de proteção jurídica

Como referido *supra*<sup>86</sup>, e usando as palavras de Pedro Pais de Vasconcelos, a cobertura relativa aos custos de defesa “passou progressivamente a constituir a função principal do seguro. A seguradora suporta, em primeiro lugar, o custo do litígio e, só com o remanescente do capital coberto, a indemnização. Hoje em dia, esta é a principal cobertura do *D&O Insurance*”.

Pergunta-se qual a diferença entre o seguro D&O e o seguro de proteção jurídica, nomeadamente no que respeita aos custos de defesa. A noção é dada pelo artigo 187º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro: “[o] seguro de proteção jurídica cobre os custos de prestação de serviços jurídicos, nomeadamente de defesa e representação dos interesses do segurado, assim como as despesas decorrentes de um processo judicial ou administrativo”. Desde logo, uma primeira grande diferença reside na acessoriedade do risco. A cobertura da defesa jurídica surge como um risco acessório no seguro D&O, ao passo que no seguro de proteção jurídica “deve constar de um contrato distinto do estabelecido para os outros ramos ou modalidades ou de um capítulo autónomo de uma única apólice” (artigo 169.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro). A fronteira que permite distinguir os dois tipos de seguro, o de defesa jurídica (enquanto risco acessório do seguro D&O) e de proteção jurídica (enquanto forma *autónoma* de seguro previsto na lei), é bem traçada por Maria Elisabete Ramos<sup>87</sup>: “Uma vez que a responsabilidade civil do segurado é uma questão intrinsecamente jurídica – a exigir a defesa judicial ou extrajudicial do segurado perante a reclamação do terceiro –, compreende-se que a defesa jurídica seja prestada pelo segurador de modo acessório e enquanto *prestação não independente*. No seguro de proteção jurídica, o segurador obriga-se a cobrir despesas decorrentes de um processo, a prestar outros *serviços* abrangidos pela apólice e a defender ou representar o segurado num processo civil, penal ou administrativo”.

---

<sup>86</sup> V. ponto 5, *supra*, a propósito da evolução do seguro D&O.

<sup>87</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, *op. cit.*, p. 322.

Estabelece o artigo 140º, n.º 1, do RJCS, que “O segurador de responsabilidade civil pode intervir em qualquer processo judicial ou administrativo em que se discuta a obrigação de indemnizar cujo risco ele tenha assumido, suportando os custos daí decorrentes”. A intervenção do segurador visa impedir que o segurado seja responsabilizado sem que a pretensão do demandante (lesado) seja analisada ou fundamentada. Já ficou dito que é prática habitual a seguradora suportar os custos de defesa do segurado sempre que este é demandando, o que ficou por dizer foi que a regulação desta matéria está incluída nas “Condições Gerais e Particulares” nos respetivos contratos. Não devemos confundir o *risco acessório de defesa jurídica* com o *pagamento dos custos de defesa jurídica*. Parecem, de facto, constituir realidades bem distintas. No *risco acessório de defesa jurídica* há uma assunção de todos os riscos inerentes a essa cobertura, ao passo que no *pagamento dos custos de defesa jurídica* trata-se de uma antecipação do pagamento desses custos<sup>88</sup>. É, aliás, comum que a seguradora se exima do dever de realizar defesa, muito embora apareça estipulada a cobertura dos *custos de defesa*<sup>89</sup>. Começa a ser comum as seguradoras patrocinarem, com os seus próprios advogados, os litígios, tendo inclusivamente advogados especializados no seguro D&O<sup>90</sup>.

### 9.3 O seguro-caução

É possível pelo disposto no artigo 396.º, n.º 2, contratar igualmente um seguro-caução. Este tipo de seguro consiste “numa garantia prestada por uma seguradora, que a pedido do devedor e mediante o pagamento de um prémio, aceita garantir o credor contra o incumprimento da prestação, indemnizando-o pelos danos sofridos”<sup>91</sup>.

A definição constante do artigo 9.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 31/2007, de 14 de fevereiro, dá-nos a informação de quem são os sujeitos do contrato. Por um lado a seguradora e, por outro, o tomador do seguro, que será o devedor na relação jurídica (“é celebrado com o devedor da obrigação de garantir”). O segurado será o beneficiário (credor) da prestação a que o devedor se encontra sujeito pela violação dos seus deveres. Neste caso, segurado e beneficiário coincidem na mesma pessoa.

---

<sup>88</sup> *Ibid.*, pp. 480.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *D&O INSURANCE: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, op. cit., pp. 5.

<sup>91</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, Almedina, 2006, pp. 183.

No entanto, o seguro-caução não se parece adaptar à redação dada pelo artigo 396.º, n.º 2, uma vez este “*a)* não cobre danos não patrimoniais e lucros cessantes; *b)* “é celebrado com o devedor da obrigação a garantir ou com o contragarante a favor do respectivo credor”; *c)* exige a identificação obrigatória do tomador do seguro e do segurado quando forem pessoas distintas; *d)* há jurisprudência que admite a recuperação do crédito pago pelo segurador mediante sub-rogação nos direitos do credor”. Pelo exposto, constata-se que dificilmente pode preencher os requisitos do artigo, porque a norma “*a)* não exclui a indemnização de lucros cessantes nem de danos não patrimoniais devida nos termos legais; *b)* supõe a não determinabilidade dos beneficiários do seguro”.

## **PARTE III**

### **O PROBLEMA: A DISTRIBUIÇÃO DO CAPITAL SEGURO**

#### **10. Introdução**

Após análise da configuração típica do seguro D&O em Portugal e dos problemas que habitualmente surgem ligados ao mesmo, cumpre abordar um problema atual, que não tem tido resposta una na sua aplicação concreta. Como dissemos, é comum que o capital seguro não chegue para fazer face aos elevados montantes despendidos em sede de defesa jurídica dos administradores, que constitui uma das principais (senão a principal) coberturas oferecidas pelo mercado segurador, e às indemnizações devidos a terceiros lesados pela atuação dos administradores de sociedades.

Nesta parte do nosso estudo, abordaremos em primeiro lugar a qualificação jurídica do seguro D&O que nos parece estar intimamente relacionada com o problema que ora levantamos, passando posteriormente à delimitação do problema, tal como se configura na prática portuguesa.

#### **11. A qualificação do seguro D&O**

Os seguros dividem-se em duas grandes áreas: o seguro de danos, presente nos Título II Regime Jurídico do Contrato de seguro, e o seguros de pessoas, presente no Título III.

O primeiro respeita a “coisas, bens imateriais, créditos e quaisquer outros direitos patrimoniais”<sup>92</sup> e está presente, neste título, o seguro de responsabilidade civil, com grande interesse para o tema que nos ocupa.

O seguro de pessoas “compreende a cobertura de riscos relativos à vida, à saúde e à integridade física de uma pessoa ou de um grupo de pessoas identificadas”<sup>93</sup>.

O Título I do RJCS contém as disposições gerais relativas ao contrato de seguro. É nesta parte do RJCS que se faz a divisão entre o seguro por conta de outrem e o seguro de grupo, com interesse prático para o problema que nos ocupa.

---

<sup>92</sup> Artigo 123.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

<sup>93</sup> Artigo 175.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.



Embora as duas qualificações que fazemos do seguro D&O não tenham ligação direta, cremos que ambas são importantes não só para compreender melhor o seguro D&O, mas também para preparar o problema da distribuição do capital seguro.

**a) Como seguro por conta de outrem ou como seguro de grupo**

O ponto prévio para a resolução do nosso problema, passa por qualificar, na prática, quem são os sujeitos que figuram num contrato de seguro D&O.

Tal como já temos vindo a adiantar<sup>94</sup>, estamos, no seguro D&O, perante uma relação triangular onde são partes o segurador, o tomador de seguro e o segurado. Quanto ao segurador abster-nos-emos de o definir. Já as definições de tomador do seguro e segurado são relevantes para o tema que nos ocupa. *Tomador do seguro* é “a entidade que celebra o contrato de seguro com a seguradora, sendo responsável pelo pagamento do prémio”<sup>95</sup>. Já *Segurado* “não é quem contrata o seguro mas sim quem por ele fica coberto”<sup>96</sup> ou, noutras palavras, “é aquele por conta de quem o tomador celebra o seguro”<sup>97</sup>.

No contrato de seguro D&O, tomador de seguro e segurado não coincidem na mesma pessoa. De facto, a sociedade surge como tomador do seguro (ou “tomador da apólice”, consoante a terminologia) e os administradores como segurados (ou “pessoas seguras”), prática que é, aliás, imposta pelos próprios seguradores “que, em regra, não consentem na contratação individual por cada um dos administradores”<sup>98</sup>. Nas Condições Gerais a que tivemos acesso, constatamos que “Tomador do Seguro” é, de facto, a entidade que subscreve o contrato com o segurador, sendo responsável pelo pagamento do prémio e, noutro exemplo, na parte respeitante às definições, que a sociedade e suas filiais são entendidas como o tomador da apólice. No que respeita ao “Segurado”, refere-se ali que é qualquer pessoa identificada nas condições particulares da apólice, que seja gerente, administrador, ou diretor.

---

<sup>94</sup> V. ponto 5, *supra*.

<sup>95</sup> VASQUES, José, *Contrato de Seguro*, Coimbra Editora, 1999, pp. 102; itálico nosso.

<sup>96</sup> REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, *op. cit.*, pp. 40, n. 51 *alud* CORREIA, Sérvulo, *Seguro Social*, pp. 168-169.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 40-41.

<sup>98</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, *op. cit.*, pp. 311. Importantes serão as razões apontadas pela autora e que justificam esta opção dos seguradores: “[r]azões de economia de escala na contratação do seguro e regularização dos sinistros (prevenção de litígios entre seguradoras na hora de gerir um sinistro provocado por administradores que são solidariamente responsáveis, dificuldades no exercício do direito de regresso entre administradores segurados e não segurados) explicam a divulgação desta prática negocial”.

Feita, ainda que de forma superficial, uma introdução à conformação do contrato do seguro D&O, caberá agora qualificar juridicamente o tipo de contrato em causa.

É referido na doutrina que a prática de contratação do seguro pela sociedade a favor dos administradores assume a configuração do *seguro por conta de outrem* e que “tende a ser um *seguro de grupo*”<sup>99</sup>. Vejamos cada um deles.

No seguro por conta de outrem, “o tomador de seguro [a sociedade] atua por conta do segurado [o administrador]” e “cumpre as obrigações resultantes do contrato, com exceção das que só possam ser cumpridas pelo segurado”<sup>100</sup>. O tomador do seguro é parte no contrato. É este, juntamente com o segurador, que o celebra. O segurado é o “*titular da cobertura*” ou, no seguro de danos, é “aquele em cuja esfera se buscam os danos”<sup>101</sup>. Parece, portanto, estar presente a relação triangular a que nos referimos e, não havendo mais a acrescentar, tenderíamos a concordar com aqueles que assumem o seguro D&O como um seguro por conta de outrem.

No entanto, encontramos algumas especificidades que parecem pôr em causa este entendimento. O problema levanta-se pelo interesse em jogo no seguro D&O ou, dito de outra forma, nos titulares do interesse (ou interesses) em jogo. É que, neste seguro, tal como é conformado pela *praxis* internacional e portuguesa, o segurado não parece ser o único titular do interesse. Neste sentido, surgem referências a vantagens económicas para a sociedade, tomadora do seguro, que permitem: “a) a captação e recrutamento de pessoas que, na ausência do seguro, não estariam dispostas a servir como administradores; b) a facilitação no recrutamento de administradores independentes; c) a redução da aversão ao risco do administrador protegido pelo seguro; d) a assunção, por parte dos administradores, do nível de risco adequado e, por conseguinte, o incremento do dinamismo da gestão; e) a redução dos custos reputacionais conexos com reclamações de responsabilidade; g) a protecção do património social, quando a cobertura do risco de responsabilidade civil cobre a responsabilidade perante a sociedade”<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> *Ibid.*, pp. 312.

<sup>100</sup> Redacção do artigo 48.º, n.ºs 1 e 2, do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

<sup>101</sup> REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terveiros – Estudo de Direito Civil*, op. cit., pp. 41-61.

<sup>102</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit., pp. 313 alud VARGAS, Aurora Campins, *Seguro de responsabilidade civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro*, RDM, 249 (2003), pp. 981-1014.

Se seguirmos o entendimento de Moitinho de Almeida quanto aos seguros por conta de outrem, constatamos que o “contraente” (na terminologia do autor) é o tomador do seguro e que, “em nome próprio o efectua [ao contrato], mas que não é o titular do interesse (ou pode não o ser nos seguros por conta de quem pertencer)”<sup>103</sup> e, de forma ainda mais clara, que estamos perante um contrato por conta de outrem “quando não é coberto o interesse do próprio contraente”<sup>104</sup>. Este entendimento levar-nos-ia a não considerar, como veremos de seguida, o seguro D&O como um seguro por conta de outrem porquanto a sociedade tem também um interesse na contratação do seguro.

Também neste sentido, embora de forma mais mitigada, “O tomador do seguro pode segurar interesses alheios em nome próprio, caso do seguro por conta de outrem; pode segurar interesses alheios em nome de outrem, como representante com ou sem poderes; e finalmente, em virtude de especial relação económica, pode deixar em aberto, assumida e intencionalmente, se o interesse a segurar é o seu próprio ou, no todo ou em parte, o de terceiro, casos do seguro por conta de quem pertencer e do seguro por conta própria e/ou de outrem”<sup>105</sup>, o que aponta no sentido de não se tratar de um verdadeiro seguro por conta de outrem. Maria Elisabete Ramos refere ainda ser “perturbador, para efeitos de tal qualificação [do seguro D&O como seguro por conta de outrem] (...) a interferência dos *interesses próprios* da sociedade-tomadora que motivam/influenciam a contratação deste seguro”<sup>106</sup>.

Assim, em face destas questões, preferimos referir-nos ao seguro D&O como um *seguro de grupo*.

Na verdade, “[n]o seguro D&O, a sociedade (tomadora) contrata (e paga) uma única apólice que garante todos os administradores (...) e, deste modo, o património dos administradores-segurados é libertado dos encargos próprios do seguro”<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> MARTINEZ, Pedro Romano et al., *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Almedina, 2009, pp. 198; Não se pretende aqui discutir as diferenças entre o contrato por conta de outrem e o contrato por conta de quem pertencer, para um entendimento sobre essa questão v. REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, op. cit., pp.591 e ss.

<sup>104</sup> REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, op. cit., pp.591 alud ALMEIDA, J. C. Moitinho de, *Contrato de Seguro - Estudos*, Almedina, 2009, pp. 53.

<sup>105</sup> REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, op. cit., p.59p3 alud LENNÉ, VFR, pp. 93-94.

<sup>106</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit., pp. 313; parênteses nosso.

<sup>107</sup> *Ibid.*, pp. 333.

Claro está que o seguro de grupo é um seguro por conta de outrem: é celebrado pelo tomador por conta dos segurados. No entanto, havendo na lei uma norma específica para o seguro de grupo e sendo seguradas um conjunto de pessoas ligadas ao tomador do seguro por um vínculo<sup>108</sup>, pensamos ser mais correta a identificação do seguro D&O como um seguro de grupo. Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça expõe que “Quanto à natureza jurídica do mesmo [seguro de grupo] tem-se afirmado ser um seguro por conta de outrem atribuindo-se a natureza de contrato a favor de terceiro ou de um caso de substituição ou de representação imprópria (...) Vem-se, porém, impondo na moderna doutrina a afirmação de que o contrato de seguro de grupo é um contrato nominado e, como tal está devidamente tipificado, muito embora se conclua por afirmar que o mesmo usa as técnicas jurídicas da estipulação por outrem e a do seguro por conta”<sup>109</sup>.

Tendo em conta o que acima ficou dito quanto aos sujeitos presentes num contrato de tipo D&O, constatamos que assenta na perfeição na definição de seguro de grupo. Desde logo, o seguro de grupo constitui um único contrato e “não uma união ou agregado de contratos”<sup>110</sup>; depois, nele configura um só tomador, que subscreve o seguro por conta dos segurados ligados a ele por um vínculo que não o de segurar.

Os segurados são os “sujeitos do risco *coberto* pelo seguro”<sup>111</sup> e a estes é exigido um interesse no seguro. Ao tomador o interesse não parece ser exigido, pelo menos não encontramos evidência que assim seja. Acreditamos que o tomador do seguro tenha interesse em celebrar um seguro por conta dos segurados, embora não lhe seja exigido o interesse para a sua contratação. Só desta forma tem lógica a configuração atual do seguro de grupo.

Independentemente do tipo de vínculo que liga o administrador à sociedade, sabemos que existe um vínculo que não apenas o de segurar. Assim, é irrelevante para o objeto do nosso estudo qualificar esse vínculo desde que ele exista.

Estamos agora em condições de afirmar que o seguro D&O, embora configure um seguro por conta de outrem, é, mais especificamente, um seguro de grupo porque (i) existe um só contrato de seguro, (ii) de que é tomador a sociedade (que o subscreve), (iii) por conta dos

---

<sup>108</sup> Cf. Artigo 76.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

<sup>109</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.07.1993, processo n.º 083689, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>110</sup> REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, op. cit., pp. 644.

<sup>111</sup> *Ibid.*, pp. 648.

administradores (os participantes<sup>112</sup>/segurados), (iv) estando estes ligados ao tomador por um vínculo que não o de segurar, e que (v) o risco de todos os participantes é homogéneo (o risco de responsabilidade civil dos administradores).

**b) O seguro D&O é um seguro de responsabilidade civil?**

“No seguro de responsabilidade civil, o segurador cobre o risco de constituição, no património do segurado, de uma obrigação de indemnizar terceiros” – artigo 137.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro. À luz deste preceito entendemos que o seguro D&O, do modo como é conformado pelos seguradores em Portugal, é um seguro de responsabilidade civil (ou pelo menos é afirmado ser).

Desde logo, estamos perante um seguro de danos porquanto há a constituição da obrigação de indemnizar quando o ato danoso praticado pelo administrador lese terceiros. O segurador cobre este risco. Socorrendo-nos das condições gerais das apólices a que tivemos acesso, constatamos que o segurador, por regra, garante o pagamento a terceiros das indemnizações que legalmente sejam exigíveis aos segurados, pelas perdas ou danos resultantes de quaisquer reclamações deduzidas contra estes ou, que são pagas as perdas derivadas de reclamações dirigidas contra o segurado (administrador), sendo aquelas perdas ou prejuízos financeiros que o administrador esteja legalmente obrigado a pagar a um terceiro. O segurador, no seguro D&O, cobre, portanto, o risco de constituição no património do administrador (segurado) de uma obrigação de indemnizar terceiros.

Repare-se que “a *cobertura do risco* é a formulação recorrentemente usada para descrever quer o conteúdo típico do contrato de seguro [art. 1] quer de várias espécies seguradoras” e que “A *constituição de uma obrigação de indemnizar* resulta da responsabilidade civil derivada de um acto danoso; trata-se da obrigação de que o segurado seja o sujeito passivo”<sup>113</sup>. Tendo por base estas anotações, não parece ser de admitir a hipótese do seguro D&O não ser tido como um seguro de responsabilidade civil<sup>114</sup> que, na sua configuração típica, engloba um conjunto de riscos acessórios, como veremos posteriormente.

---

<sup>112</sup> Optamos por usar a mesma terminologia de Margarida Lima Rego, v. REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil, op. cit.*, pp. 637, onde são expostas as razões de tal escolha.

<sup>113</sup> MARTINEZ, Pedro Romano et al., *Lei do Contrato de Seguro Anotada, op. cit.*, pp. 398.

<sup>114</sup> No sentido de incerteza quanto ao seguro como seguro de responsabilidade civil v. MORGADO, José, *Administradores de Sociedades Comerciais*, RES, 136 (2008), pp. 787-801.

O risco de responsabilidade civil é “a possibilidade de no património do segurado se constituir a obrigação de indemnizar”, sendo que o interesse “tutelado é o *património do segurado*; o contrato de seguro protege contra a diminuição do património do segurado que ocorrerá em consequência da obrigação de indemnização”<sup>115</sup>. Podemos então dizer que, no seguro de responsabilidade civil, a função primária do segurador é o pagamento de uma indemnização eventualmente devida a terceiros.

O que fomos dizendo até agora sobre a responsabilidade civil serve para apontar que esta exerce uma função “*essencialmente reparadora ou indemnizatória*”<sup>116</sup>. Logo, o seguro de responsabilidade civil, embora pretenda cobrir o risco de constituição, no património do segurado, da obrigação de indemnizar, assegura que os terceiros são efetivamente indemnizados. Esta parece ser a razão da “existência” do seguro de responsabilidade civil: a obrigação de indemnizar. A mesma confirma-se pelo disposto do n.º 1 do artigo 138.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, “O seguro de responsabilidade civil garante a obrigação de indemnizar, nos termos acordados, até ao montante do capital seguro por sinistro”.

Verdade é que o risco que até agora referimos (o risco principal) não parece ser o único coberto pelo seguro D&O. Há, de facto, outros riscos *acessórios*. Exemplo disto é o que surge nas condições gerais dos seguros D&O comercializado em Portugal onde, a par do risco de constituição no património do segurado da obrigação de indemnizar terceiros, surgem riscos como o pagamento dos “custos de defesa”, “custos de investigação”, “custos de restituição de imagem”, entre outros.

Chegados a este ponto do nosso estudo teremos que fazer uma paragem para dar o devido relevo à questão *destes* riscos *acessórios*. A questão que colocamos é se estes riscos são, de facto e na prática, *acessórios*. Segundo o diploma que regula as condições de acesso e de exercício da atividade seguradora e resseguradora no território da Comunidade Europeia (“Lei da Atividade Seguradora”)<sup>117</sup>, são “riscos *acessórios* os que estejam ligados ao risco principal, digam respeito ao objeto coberto contra o risco principal e sejam garantidos através do contrato que cobre o risco principal”<sup>118</sup>. *Acessório* é sinónimo de “secundário” e

---

<sup>115</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, *op. cit.*, pp. 425.

<sup>116</sup> VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, *op.cit.*, pp. 542.

<sup>117</sup> Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, retificado pela Declaração de Retificação n.º 11-D/98, de 30 de Junho.

<sup>118</sup> Artigo 127.º, n.º 2 da Lei da Atividade Seguradora.

é “uma peça que completa ou melhora o funcionamento de algo”<sup>119</sup>. Temos dúvidas que os riscos “acessórios” cobertos pelo seguro D&O sejam secundários, apesar de completarem ou melhorarem o seu funcionamento.

Tomando como exemplo os “custos de defesa” que surgem em todos os clausulados a que tivemos acesso (e que são tratados como riscos acessórios<sup>120</sup>), e usando as palavras de Pedro Pais de Vasconcelos, a cobertura relativa aos custos de defesa “passou progressivamente a constituir a função principal do seguro. A seguradora suporta, em primeiro lugar, o custo do litígio e, só com o remanescente do capital coberto, a indemnização. Hoje em dia, esta é a principal cobertura do *D&O Insurance*”<sup>121</sup>. E é isto mesmo que a prática mostra. Antes de existirem condenações que atribuam direitos aos lesados de serem indemnizados, já os administradores “gastaram” o capital seguro com os custos de defesa. Esta prática leva a que o capital remanescente para indemnizar os lesados seja diminuto.

Tendo isto presente, não serão os custos de defesa a principal cobertura, logo, um risco, também ele, principal? Claro que podemos sustentar, como sustenta Maria Elisabete Ramos, que estes riscos “mantêm uma íntima e estreita conexão com o risco de constituição no património do administrador de uma obrigação de indemnizar”<sup>122</sup>, no entanto, não serão estes riscos tão *íntimos* que são, eles mesmos, riscos principais?

É que, se a resposta às questões supra mencionadas for afirmativa, teremos de apoiar o entendimento de José Morgado<sup>123</sup> quanto às dúvidas do seguro D&O como um seguro de responsabilidade civil. Não se trata de insistir na caracterização do seguro por uma questão meramente linguística, mas sim de o qualificar tendo em conta as coberturas que *deixam* preencher, em confronto com as que na realidade preenche.

---

<sup>119</sup> Cf. Dicionário da Língua Portuguesa.

<sup>120</sup> Relembre-se, sobre os riscos acessórios, que o artigo 125.º da Lei da Atividade Seguradora, sob a epígrafe Exclusividade, refere que “Sem prejuízo do disposto no artigo 127.º, os riscos compreendidos em cada um dos ramos referidos nos artigos anteriores não podem ser classificados num outro ramo nem cobertos através de apólices destinadas a outro ramo”.

<sup>121</sup> VASCONCELOS, Pedro Pais de, *D&O INSURANCE: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, op. cit., pp. 1159-1160.

<sup>122</sup> RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, op. cit., pp. 311.

<sup>123</sup> MORGADO, José, *Administradores de Sociedades Comerciais*, op. cit., pp. 787-801.

Pensamos que a questão é duvidosa e que levanta problemas, nomeadamente quanto à distribuição dos montantes quer pelos administradores, quer pelos lesados (quando esses montantes ainda existem na altura de indemnizar).

## **12. Capital seguro insuficiente para fazer face a todas as reclamações**

### **a) Concurso de lesados**

Cumpre referir que o seguro D&O é um seguro (de responsabilidade civil ou não) facultativo. Isto é, as partes decidem quanto à sua celebração e conteúdo, por contraponto aos seguros obrigatórios, que derivam de uma imposição da lei, como é o caso do seguro de responsabilidade civil automóvel.

Muito embora o mercado segurador tenha já um “contrato-tipo” moldado pela experiência internacional e reproduzido no mercado português, sobretudo por influência de um grupo relativamente restrito de resseguradoras internacionais, o seguro D&O é também de livre conformação, ou seja, as disposições contratuais resultam da autonomia contratual das partes. Neste sentido, é comum que nos capítulos presente nas apólices relativos às “Extensões da Cobertura” e “Exclusões” as partes possam negociar o seu teor, fortalecendo ou excluindo a cobertura oferecida.

A questão torna-se central a propósito da possibilidade de exigência (ou não) pelo lesado do pagamento das indemnizações diretamente ao segurador. É que, como refere o artigo 146.º, n.º 1 do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, no que concerne às disposições especiais de seguro obrigatório, “O lesado tem o direito de exigir o pagamento da indemnização diretamente ao segurador”. Ora, sendo o seguro D&O um seguro facultativo, o lesado não tem este direito, não ser que o mesmo esteja expressamente previsto no contrato de seguro. Esta solução legislativa é, tal como refere a epígrafe de artigo, *especial* e, portanto, excecional, aplicável apenas aos casos de seguros obrigatórios<sup>124</sup>. Os seguros obrigatórios são aqueles em que, pelos interesses em jogo, o legislador lhes

---

<sup>124</sup> “[s]ó nos seguros obrigatórios se constitui necessariamente na esfera do lesado um direito de acção directa contra o segurador” in REGO, Margarida Lima, *A promessa de exoneração de dívida a terceiro. Pretexto para uma reflexão sobre o conceito de prestação*, Almedina, 2011, pp. 705.



atribuiu essa *força*, essencialmente para proteção dos lesados, concedendo-lhes o direito à ação direta<sup>125</sup>.

Fora dos casos relativos aos seguros obrigatórios, onde se inserem os seguros D&O, o artigo 140.º do RJCS oferece a solução para a ação direta (embora o epígrafe do artigo seja “Defesa jurídica”). É ali referido que o contrato de seguro “pode prever o direito de o lesado demandar diretamente o segurador”, não decorrendo, portanto, um direito expresso a recorrer à ação direta contra o segurador. Neste sentido, “[o] facto de a própria lei remeter para o contrato o direito de *o lesado demandar directamente o segurador* evidencia a natureza excepcional da possibilidade de o credor demandar o devedor do seu devedor; deve notar-se, por outro lado, que o direito de *ação directa* do lesado, quando exista, se molda sobre o direito do segurado, tal como ele é configurado e até ao montante do capital seguro por sinistro, por período de vigência do contrato ou por lesado”<sup>126</sup>. No seguro D&O, de acordo com todos os clausulados que analisámos, não consta a possibilidade de o lesado poder demandar diretamente o segurador.

O lesado não é, portanto, credor na relação jurídica do contrato de seguro. O lesado é um *mero* beneficiário de uma prestação que pode ou não vir a receber.

Já ficou dito que o seguro D&O é, em nossa opinião, um seguro de grupo. Um seguro, um tomador, vários segurados (participantes). Os segurados são os administradores de sociedades habitualmente *grandes* (os tomadores do seguro), com montantes de capital elevados, tendencialmente com muitos trabalhadores e colaboradores, com uma quota-parte de mercado significativa e que, por esse facto, em caso de responsabilidade civil pelos seus atos, surge um número relevante de lesados. Estamos perante um seguro com pluralidade de segurados e de lesados, onde todos *concorrem* pelo capital seguro.

O capital seguro é “o valor máximo da prestação a pagar pelo segurador por sinistro ou anuidade de seguro, consoante o que esteja estabelecido no contrato”<sup>127</sup>. Na prática seguradora encontramos cláusulas que referem que a responsabilidade do Segurador é sempre limitada à importância máxima, por sinistro e anuidade do seguro, independentemente do número de sinistros ocorridos e do número de lesados envolvidos. Em todos os casos analisados, encontrámos referência a um limite e sublimite do capital

---

<sup>125</sup> REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, op. cit., pp.553-554.

<sup>126</sup> MARTINEZ, Pedro Romano et al., *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, op. cit., pp. 405.

<sup>127</sup> Artigo 49.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

seguro, o que levanta, desde logo, problemas em caso de estarmos perante a pluralidade de lesados.

Nestes casos, se “o valor total das indemnizações ultrapassar o capital seguro, as pretensões destes [lesados] são proporcionalmente reduzidas até à concorrência desse capital”<sup>128</sup>. O primeiro problema prático levanta-se quanto à questão do valor *total* das indemnizações. Deste modo, temos dúvidas quanto ao momento de aferir a globalidade das pretensões. A redução operar-se-á “quando sejam conhecidas todas as pretensões”<sup>129</sup>; como poderemos, então, saber se conhecemos todas as pretensões? Como definimos o limite temporal para que sejam apresentadas as reclamações dos lesados? A resposta a estas questões ficaria resolvida com a regra do *First Come, First Served*, comumente utilizada nos países anglo-saxónicos, que será objeto de análise *infra*, no ponto 12, c).

Independentemente da resposta a essas questões, a lei portuguesa consagra a proporcionalidade da redução das pretensões (“*Pro Rata Distribution*”) até à concorrência do capital seguro (artigo 142.º, n.º 1). No entanto, esta solução legislativa apenas é aplicável aos casos em que o lesado tem direito de ação direta sobre o segurador. Ora, tal como já referido, o seguro D&O é um seguro facultativo não havendo, portanto, lugar a ação direta e, consequentemente, à redução proporcional do capital seguro até à concorrência deste. Neste sentido, Margarida Lima Rego refere que “[n]ão tendo os terceiros lesados uma pretensão contra o segurador relativamente à sua prestação – que será o caso nos seguros voluntários de responsabilidade civil, em que não podem retirar da lei qualquer direito de acção directa, e em que essa pretensão não tenha sido estipulada pelas partes”<sup>130</sup>. Acresce que, muito embora o seguro D&O seja um seguro facultativo, tem sido comum que os lesados vejam as suas pretensões, em caso de insuficiência de capital, reduzidas proporcionalmente, ocorrendo, também neste tipo de seguro, a *Pro Rata Distribution*.

A solução dada pelo regime do contrato de seguro é semelhante à que é estabelecida no Código Civil para o concurso de credores: “os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral

---

<sup>128</sup> Artigo 142.º, n.º 1 do Regime Jurídico do Contrato de Seguro.

<sup>129</sup> MARTINEZ, Pedro Romano et al., *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, *op. cit.*, pp. 410.

<sup>130</sup> “Não tendo os terceiros lesados uma pretensão contra o segurador relativamente à sua prestação – que será o caso nos seguros voluntários de responsabilidade civil, em que não podem retirar da lei qualquer direito de acção directa, e em que essa pretensão não tenha sido estipulada pelas partes” *in* REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, *op. cit.*, pp. 562.

satisfação dos débitos”<sup>131</sup>. Voltando ao seguro D&O, sendo um seguro que, por regra, convencionam limites de cobertura por período de tempo, os conflitos entre os titulares de direitos são frequentes e devem ser regulados de antemão<sup>132</sup>. Todavia, não parece haver outra solução para além da que a lei apresenta, cabendo pois às partes a sua regulação.

### **b) Concurso de administradores e lesados**

Cumprido, nesta sede, perceber qual a qualificação jurídica que os segurados (administradores) e os lesados assumem em relação ao capital seguro para, posteriormente, abordarmos a prioridade que os primeiros gozam sobre os segundos no momento de *usufruir* desse mesmo capital.

No contrato de seguro estamos perante uma relação obrigacional, desde logo porque o legislador, no artigo 1.º do RJCS, refere que o segurador obriga-se a realizar a prestação convencionada. A obrigação é “*a relação jurídica por virtude da qual uma (ou mais) pessoa pode exigir de outra (ou outras) a realização de uma prestação*”<sup>133</sup>. Se em relação à obrigação do tomador do seguro, na relação contratual do seguro de responsabilidade civil, a questão é pacífica – o pagamento do prémio –, quanto à obrigação do segurador, embora não seja negado de que se trata de uma obrigação, a questão é alvo de grande discussão doutrinal, nomeadamente relativamente ao “conteúdo exacto da obrigação do segurador”<sup>134</sup>. De facto, o segurador está obrigado a uma prestação perante o segurado, o que torna este último seu credor.

Não discordamos que possam surgir dificuldades na compreensão da prestação a que o segurador está vinculado como uma obrigação por, no caso do seguro, não estar em causa a aquisição de um bem ou serviço *propriamente ditos*. No entanto, como refere Margarida Lima Rego, está em causa a “«compra» de um bem, de algo a que se atribui valor. A esse algo poderá chamar-se o bem «segurança»”<sup>135</sup>.

É referido que a característica marcante dos seguros de responsabilidade civil é a “estipulação, na esfera do segurado, de um direito de exoneração”<sup>136</sup> de dívidas a terceiros,

---

<sup>131</sup> Artigo 604.º, n.º 1 do Código Civil.

<sup>132</sup> v. MARTINEZ, Pedro Romano et al., *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, op. cit., pp. 200.

<sup>133</sup> VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. I, op. cit., pp. 62.

<sup>134</sup> REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, op. cit., pp. 264.

<sup>135</sup> *Ibid.*, pp. 265.

<sup>136</sup> REGO, Margarida Lima, *A promessa de exoneração de dívida a terceiro. Pretexto para uma reflexão sobre o conceito de prestação*, op. cit., pp. 705.

ou seja, o segurado vê o seu património protegido conta uma possível perda (que pode nem chegar a acontecer). A prestação que o segurador está obrigado a prestar pode, muitas vezes, ter como *destinatário* o lesado, que se torna, deste modo, o beneficiário. Mas tal pode não acontecer. Em todo o caso, muito embora o lesado possa ser o beneficiário da prestação, ele não é credor; mas tão-somente possível recetor da prestação<sup>137</sup>

O facto de o segurado poder não ser o *destinatário* da prestação, por esta poder consistir numa indemnização devida a terceiros, em nada altera a sua posição de credor em relação ao segurador<sup>138</sup>. Deste modo, “o segurado que accione o seguro para se escusar de sofrer no seu património o impacto do cumprimento do dever de indemnizar o lesado faz uso de uma pretensão sua e só sua, não agindo na qualidade de substituto processual do lesado (...) faz valer o seu crédito, como faria qualquer outro credor”<sup>139</sup>.

Posto isto, pretendemos encontrar na lei civil respostas à problemática que ora analisamos, numa tentativa de justificar a prioridade dos administradores que parece decorrer na prática seguradora quanto ao seguro D&O, que não sejam aquelas que se definem pela liberdade contratual. Teremos que distinguir duas situações: por um lado, a relação entre os administradores e os lesados; por outro, a relação entre os administradores entre si.

O artigo 604.º, n.º 1 do Código Civil estabelece que “Não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito a ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos”, traduzindo assim o princípio do “*par conditio creditorum*”. Este princípio “implica o tratamento igualitário dos credores comuns”<sup>140</sup>, independentemente da data de surgimento do seu crédito. Credores comuns são aqueles que não possuem qualquer causa legítima de preferência, tal como a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o privilégio e o direito de retenção. Com alguma segurança podemos afirmar que o princípio “*par conditio creditorum*” inspirou o artigo 142.º do RJCS, donde nasce a redução proporcional das pretensões de uma pluralidade de lesados quando o capital seguro não seja suficiente para satisfazer essas pretensões.

---

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> Neste sentido, *ibid.*, pp. 432.

<sup>139</sup> REGO, Margarida Lima, *A promessa de exoneração de dívida a terceiro. Pretexto para uma reflexão sobre o conceito de prestação.*, op. cit., pp.708.

<sup>140</sup> PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 1ª ed., Coimbra Editora, 2011, pp. 401.

Questão diferente é perceber se, quanto à distribuição do capital seguro pelos administradores e lesados, não haverá uma espécie de prioridade pelo crédito dos administradores. Chamamos-lhe crédito pelo facto destes terem direito ao capital seguro como contraprestação do prémio pago, para com ele fazerem *uso* quer para se defenderem judicialmente quer para indemnizarem terceiros. Embora não se trate de uma *causa legítima de preferência*, a prática mostra que os administradores são pagos antes dos lesados.

A prioridade a que nos referimos (que não se trata de uma verdadeira preferência), tem origem na convenção das partes. O seguro D&O, tendo como objetivo proteger os administradores do risco normal de gestão e administração de uma sociedade, pretende que estes sejam os primeiros beneficiários do seguro, tal como ocorre para o interesse que a sociedade tem também na contratação do seguro. Assim, a “prioridade” de que os administradores gozam em *receber* para si o capital seguro, escolhendo o seu fim, tem origem no que é convencionado pelas partes no seio da sua autonomia privada e liberdade contratual.

Repare-se que da leitura quer da lei, quer das apólices dos seguros D&O comercializados em Portugal, não é claro se o capital seguro é distribuído proporcionalmente atendendo ao número de administradores ou ao número e montantes das reclamações. Quanto ao primeiro caso eles gozam de uma *prioridade* conferida pelo contrato de seguro de serem “pagos” ou, melhor, de usarem o capital seguro para se defenderem, já no segundo caso, eles não concorrem diretamente para esse capital, havendo lugar a uma proporcionalidade *global*.

Podemos equiparar a prioridade de que gozam os administradores a uma qualquer consagrada na lei civil? Tal não parece ser possível. A prioridade a que nos referimos não tem origem na lei, mas tão-somente na convenção entre as partes. Não esqueçamos que esta liberdade contratual é também possível pelo facto de o seguro D&O ser um seguro facultativo e de livre conformação, por contraponto aos seguros obrigatórios de responsabilidade civil no qual os lesados podem reclamar as suas pretensões diretamente ao segurador.

### c) O concurso de segurados (administradores)

A questão é bem mais complicada quando falamos no *concurso* de segurados. De um ponto de vista prático a questão é esta: como distribuir o capital seguro, num seguro de grupo, pelos vários segurados? Ou, relativamente ao seguro D&O, como distribuir os montantes disponíveis para defesa jurídica e para indemnização de terceiros por todos os administradores?

Quanto à questão dos terceiros a lei responde com a proporcionalidade (*“Pro Rata Distribution”*) mas quanto ao *uso* do capital seguro pelos administradores não encontramos regulação, excetuando cláusulas pontuais que estabelecem a ordem dos pagamentos (*“Order of Payments”*), que determinam limites e sublimites de capital para as várias coberturas ou limites adicionais de cobertura (*“Additional Limits”*). Destas advém uma regulação, pelo menos indireta, de como se deve proceder aquando da distribuição do capital. Numa cláusula do tipo *“Order of Payment”* é comum surgir a referência ao pagamento, em primeiro lugar, de todas as perdas financeiras (*“Financial Loss”*) de qualquer pessoa segura e, só posteriormente, pagamento dos montantes devidos pelas restantes coberturas. Tirando estes casos, onde há uma regulação indireta relativa à distribuição, quer a lei, quer as apólices encontradas no mercado, são omissas quanto à distribuição do capital seguro pelos administradores.

Dadas as incertezas inerentes a este tema, e uma vez que os limites adicionais e sublimites não estabelecem as regras de distribuição, nomeadamente quanto aos custos de defesa e despesas para indemnizações devidas a terceiros lesados, seria prudente regular a distribuição do capital seguro no texto das apólices.

O problema é mais relevante quando se verifique uma insuficiência do capital seguro para fazer face a todas as pretensões. Deparamo-nos com vários cenários, não havendo uma prática una e reiterada por parte dos seguradores. Por vezes, os seguradores pretendem aplicar a proporcionalidade de *uma só vez*, dividindo o capital seguro por todas as quantias reclamadas, sem distinção entre segurados e lesados. Noutros casos assistimos à distribuição proporcional do capital seguro, primeiramente pelos administradores, que farão uso do capital para custos de defesa, e de seguida, a distribuição proporcional dos montantes, a título de indemnização, pelos lesados. Neste último caso, é comum que o segurador adiante os montantes relativos aos custos do litígio para que, em sede de defesa,

o administrador prove que não são devidas aos lesados quaisquer indemnizações pelo facto de este não ter atuado danosamente ou, se o fez, não lhe poder ser imputado esse facto. À partida, cada administrador tende a *usar* para si o máximo montante de capital seguro para fazer valer a sua defesa.

Embora os dois cenários apresentados constituam apenas duas práticas de que temos conhecimento no respeitante à distribuição do capital seguro, a sua referência serve para ilustrar que a questão está longe de ser resolvida, criando a *paralisação* de seguros D&O por falta de regulação. Mesmo quando ocorre a distribuição proporcional do capital seguro primeiramente pelos administradores, a questão está longe de ser clara. O modo de aplicação da regra da proporcionalidade tem em conta todos os administradores (independentemente de serem ou não demandados) ou só aqueles que foram alvo de reclamações? Divide-se o capital seguro só pelos que acionaram o seguro? E se uns acionarem primeiro do que os outros? A aparente falta de soluções leva-nos a remeter para alínea d), em especial o ponto (iii), *infra*.

Do que temos vindo a referir, retiramos duas conclusões: (i) por um lado, a distribuição proporcional (*Pro Rata Distribution*) do Capital Seguro pelos administradores, embora corresponda à forma mais justa de distribuição, poderá determinar que cada um dos administradores veja o montante de capital seguro (para se defender contra processos judiciais) insuficiente para fazer face aos custos de defesa e, em caso de vir a ser responsabilizado judicialmente, às indemnizações devidas a terceiros; (ii) por outro lado, os lesados, em consequência da distribuição proporcional pelos administradores, verão os montantes que lhes são devidos, a título de indemnização, comprometidos. Repare-se que, em relação a estes, é comum aplicar-se a proporcionalidade na redução das suas pretensões até à concorrência do capital seguro (artigo 142º, n.º 1 do RJCS).

Podemos afirmar estar perante *dois concursos* e *duas proporcionalidades*. O concurso de administradores em relação ao capital seguro para fazer face aos custos de defesa, a que a experiência portuguesa responde com a proporcionalidade, e o concurso de lesados em relação às indemnizações que lhes são devidas, a que o regime do contrato de seguro responde também com a proporcionalidade.

Uma solução para a questão não se advinha fácil. Por um lado, pretende-se que os terceiros sejam indemnizados de uma forma *justa*, pretendendo-se colocá-los na situação em que

estariam se não tivessem sido violados os seus direitos<sup>141</sup>. Por outro, pretende-se que os administradores possam provar que não procederam com culpa e que os seus atos estão conformes ao que é exigido pela lei e pelos estatutos. A conjugação dos dois fatores é determinante para uma solução globalmente *justa*.

A nosso ver, a solução poderia passar por estabelecer limites de capital para cada uma das coberturas, passando a impor limites aos seguradores e tomadores de seguro. A autonomia privada e a livre conformação do seguro ficaria fortemente afetada mas, como consequência, poderíamos defender o seguro D&O como um seguro de responsabilidade civil, onde os lesados são efetivamente ressarcidos, com riscos acessórios como a defesa jurídica dos administradores, que nesta sede poderiam provar a sua não responsabilidade.

Na experiência internacional, em especial nos Estados Unidos da América e no Reino Unido, são apontadas duas regras para a distribuição do capital seguro<sup>142</sup>. A *Pro Rata Distribution* e a *First Come, First Served*. A primeira já a abordámos, passemos então a perceber a segunda regra.

A regra do *First Come, First Served* (em português traduziríamos como “*Primeiro a chegar, Primeiro a beneficiar*”), hoje em dia a regra mais utilizada nos países anglo-saxónicos, é aplicada tanto nos casos de pluralidade de segurados como de lesados. Esta regra foi e é, aliás, considerada a “*general rule*”, muito embora haja referência a casos onde a *Pro Rata Distribution* tenha sido também o modo de distribuição aplicado “[w]hen multiple claims have joined in one lawsuit and the liability policy limits are inadequate to fully compensate each claimant”<sup>143</sup>.

Ainda assim, quanto à distribuição dos valores de que os administradores possam fazer uso, é comum, na experiência internacional, a aplicação daquela regra. Deste modo, os administradores que primeiro acionarem o seguro poderão *usar* o capital seguro para fazer face tanto aos custos, como ao pagamento das indemnizações devidas, sem um limite predefinido (que não o do capital seguro).

---

<sup>141</sup> É este, aliás, o princípio geral da obrigação de indemnização estabelecido no artigo 562.º do Código Civil.

<sup>142</sup> Para desenvolvimento v. WEIHMULLER, John W. *et al.*, *Multiple claimants and insufficient limits - can insurers lessen their exposure to bad faith claims?*, FDCC Winter Meeting Arizona Biltmore Phoenix, Arizona March 3-10, 2012.

<sup>143</sup> WEIHMULLER, John W. *et al.*, *Multiple claimants and insufficient limits - can insurers lessen their exposure to bad faith claims?*, *op. cit.*, pp. 4.



Podem colocar-se dúvidas quanto à adequação desta solução. Por que razão terá um administrador direito a usufruir de mais capital apenas porque acionou o seguro em primeiro lugar? Se o seguro é subscrito pela sociedade por conta de todos os administradores, não deveriam os seus direitos ser idênticos? Dar prioridade ao *primeiro a chegar* parece configurar uma profunda injustiça.

O confronto entre a experiência portuguesa e a internacional levanta inúmeros problemas. Também a regra do *First Come, First Served* é *injusta*, não conferindo os mesmos direitos a todos os administradores cobertos pelo seguro. Apresenta-se com relativa facilidade de aplicação relativamente àqueles que primeiramente acionarem o seguro, pois, por regra, não haverá insuficiência do capital seguro, havendo capital suficiente para a defesa jurídica e para eventuais indemnizações. O mesmo não ocorrerá para os administradores que acionarem o seguro mais tarde, já com o capital seguro diminuto. Falamos aqui também de uma *injustiça* face aos primeiros. No entanto, a aplicação desta regra parece ser a solução para a paralisação do seguro D&O em Portugal, havendo capital seguro para aqueles que em primeiro lugar acionarem o seguro.

#### **d) A falta de soluções**

A aparente falta de soluções legislativa e doutrinal para a problemática da distribuição do capital seguro, num seguro de grupo como é o D&O, pelos segurados (os administradores), leva a que sejam os próprios tomadores de seguro (as sociedades) a conformar essa distribuição no âmbito da autonomia privada aquando da celebração do contrato de seguro. O problema aqui já não é a insuficiência do capital face às pretensões dos lesados uma vez que, em relação a esses, já tentámos oferecer a solução. O problema é a regulação da distribuição por aqueles que, aparentemente e na prática seguradora, têm prioridade em relação aos lesados.

Tendo em conta o princípio “*par conditio creditorum*” consagrado na lei portuguesa não nos parece que a solução seja outra senão a proporcionalidade da distribuição do capital seguro pelos vários segurados (administradores). Estes não têm qualquer causa legítima de prioridade em relação aos que desempenham dentro da sociedade as mesmas funções e que se encontram em *pé de igualdade* perante a sociedade e o segurador. Acreditamos, pois, que a solução a que assistimos na prática em Portugal se baseia na convicção de que se trata da forma globalmente mais justa de distribuição do capital.

Concordamos com esta solução apenas tendo por base aqueles que são os princípios relativos à relação creditória em Portugal. Sendo o seguro D&O de origem anglo-saxónica, tal como já referimos variadas vezes ao longo deste estudo, é perceptível a sua inadequação aos princípios portugueses. Não queremos com estas críticas retirar ênfase à importância que o este seguro desempenha em Portugal, como sejam a cobertura dos riscos normais da função de (alto risco) de administração de uma sociedade, conferindo proteção ao administrador possivelmente demandado garantindo os montantes necessários à sua defesa, a mais fácil aceitação de sujeitos ao cargo de administração por saberem que a sua atuação está protegida, e todas as outras vantagens que temos vindo a referir.

Por forma a evitar os problemas associados a esta questão seria preferível:

- (i) uniformizar os seguros de responsabilidade civil dos administradores, criando um que fosse capaz de responder aos pressupostos exigidos pelo Código das Sociedades Comerciais e às necessidades sentidas pelas sociedades, acompanhado a evolução e dimensão (crescente) das mesmas, abolindo-se assim a necessidade de contratar o seguro que responde às necessidades do artigo 396.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais e o seguro D&O que, muitas das vezes, as suas coberturas se sobrepõem podendo originar conflitos entre seguradores.
- (ii) regular o modo como o capital seguro é distribuído pelos segurados, evitando assim que, em face da apresentação de várias pretensões à seguradora, esta tenha uma solução de como proceder ao pagamento a cada segurado, contrariando a prática que se tem vindo a assistir, da inutilização efetiva do seguro, *a final*.
- (iii) solucionar a questão estabelecendo limites adicionais e sublimites do capital seguro que: (a) até determinado montante – limite individual por administrador –, todos os administradores poderiam fazer *uso* desse limite adicional, sendo que, (b) uma vez ultrapassado esse valor, a distribuição do remanescente seria feita *pro rata* por todos os administradores. (c) Caso um ou mais administradores não fizessem uso do seu limite adicional (o que pode acontecer no caso contra eles não ocorrerem pretensões, as denominadas *claims*), esse valor integraria o *bolo* comum, sendo também distribuído *pro rata* pelos restantes administradores. Uma *compartimentação* das várias coberturas de cada administrador, poderia evitar a *paralisação* deste seguro.

A questão carece de resposta urgente. Repare-se que sem uma solução cabal ao problema que levantámos, muitos serão os administradores que não poderão defender a sua posição em reclamações contra si dirigidas e muitos mais serão os lesados que, por um atuação danosa do administrador, veem o seu património afetado sem que os danos sejam ressarcidos.

## CONCLUSÃO

1. A complexidade e os elevados riscos inerentes à ocupação do cargo de administrador não permite que os seus deveres sejam elencados taxativamente num rol fechado, antes devendo haver uma expansão dos deveres elencados pelo legislador no artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais. Estes deveres ordenam a atuação dos administradores e balizam a sua responsabilidade. A sua preterição implica a reparação dos danos causados.
2. A *business judgement rule*, consagrada na lei portuguesa no n.º 2 do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais, compreende o espaço de livre atuação dos administradores no exercício das suas funções. Dentro deste espaço, o administrador terá de provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial. É, portanto, uma causa de exoneração de responsabilidade.
3. O seguro D&O colhe as influências de países anglo-saxónicos. Tendo sido criado em Londres como consequência do *crash* bolsista de 1929, foi nos Estados Unidos da América que se desenvolveu e expandiu, tendo sido conformado à imagem do que é a prática seguradora e societária nesses países. Assim, os clausulados foram sendo desenhados nesse contexto, originando dificuldades da sua introdução no mercado europeu.
4. A reforma ao Código das Sociedades Comerciais de 2006 operou alterações significativas nos temas relativos aos deveres e ao seu incumprimento por parte dos administradores de sociedades. Neste sentido, foi proposto pela CMVM em comentário à nova redação do artigo 396.º que faria sentido estimular a contratação do seguro D&O em Portugal. A introdução deste seguro não se mostrou simples pelo facto da configuração do seguro, de origem anglo-saxónica, não se adaptar às exigências do artigo 396.º, n.º 2 ou, de outro ponto de vista, o artigo não se ter adaptado às particularidades do seguro D&O. Como resposta, o mercado segurador criou um seguro (que difere do seguro D&O) capaz de preencher os pressupostos legalmente exigidos. A intenção da CMVM não foi, portanto, confirmada pela realidade.

5. Optamos pela qualificação do seguro D&O como seguro de grupo. Apesar de o mesmo configurar também um seguro por conta de outrem, acreditamos que aquela qualificação é mais específica e define, em termos mais concretos, o seguro D&O, mormente quanto à questão do interesse na contratação do seguro. Assim, este compreende uma única apólice, subscrita por um único tomador, figurando um número variado de segurados (*participantes*). A tomadora é responsável pelo pagamento do prémio de seguro e os segurados são os titulares de cobertura e que dela beneficiam.
6. O seguro D&O constitui um seguro heterogéneo onde são cobertos diferentes tipos de risco. É entendido que ao risco principal, o risco de constituição no património segurado de uma obrigação de indemnizar, se associam um conjunto de riscos acessórios que melhoram o funcionamento do seguro. Entendemos que a razão da “existência” da responsabilidade civil é o propósito de indemnizar terceiros, logo, também a será a do seguro de responsabilidade civil. Não a indemnização de terceiros mas o risco de o segurado vir a indemnizar terceiros.
7. A experiência demonstra que a principal cobertura do seguro D&O são os custos de defesa do administrador. Não queremos negar a lógica da solução: o segurador adianta os montantes relativos aos custos do litígio para que, em sede de defesa, seja provado que não são devidas aos lesados quaisquer indemnizações pelo facto de este não ter atuado danosamente ou, se o fez, não lhe poder ser imputado esse facto.
8. A escolha dos administradores por esta última solução (referida no ponto anterior) é possível pelo facto de o seguro D&O ser um seguro facultativo, não sendo dado ao lesado a possibilidade de exigir o pagamento da indemnização diretamente ao segurador (artigo 146.º, n.º 1 do RJCS).
9. Pelo relevo e prioridade que a defesa jurídica assume nos seguros D&O, pomos em causa a sua acessoriedade do risco. A prática demonstra o contrário desta acessoriedade. Não sendo este acessório, termos que pôr (também) em causa a qualificação do seguro D&O como um seguro de responsabilidade civil.

10. Ao passo que em Inglaterra, onde têm origem os clausulados do seguro D&O, a regra aplicável à distribuição do capital seguro é a *First Came, First Served* (significando que o primeiro administrador a ativar o seguro poderá dele fazer uso sem um limite predefinido), em Portugal, embora não esteja regulado nem na lei, nem nas apólices referentes ao seguro D&O, é prática comum a aplicação da regra *Pro Rata Distribution*, ou seja, a proporcionalidade na distribuição do capital seguro. Na prática, verifica-se que o Capital Máximo Seguro (*Limit of Liability*) será distribuído proporcionalmente por todos os administradores.
11. Do que ficou dito, estamos perante *dois concursos e duas proporcionalidades*: o capital seguro será distribuído proporcionalmente pelos administradores que *concorrem* para o mesmo e, de seguida, distribuído proporcionalmente pelos lesados, consoante as suas pretensões, também aí havendo lugar ao *concurso*. Por um lado, a distribuição proporcional pelos administradores decorre da prática habitual em Portugal, por outro lado, a distribuição proporcional pelos lesados decorre do artigo 142.º do RJCS.
12. O princípio “*par conditio creditorum*” consagrado na lei portuguesa, estabelece a proporcionalidade da distribuição do capital seguro. Com ela concordamos também em relação à distribuição pelos vários segurados (administradores).
13. Deveria ocorrer a uniformização dos vários seguros de responsabilidade civil dos administradores oferecidos pelo mercado segurador, criando um que fosse capaz de responder aos pressupostos exigidos pelo Código das Sociedades Comerciais e às necessidades sentidas pelas sociedades, abolindo-se assim a necessidade de contratar o seguro que responde às necessidades do artigo 396.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais e o seguro D&O que, muitas das vezes, tem o objetivo de conferir maior proteção.
14. Sem uma regulação rápida e eficaz continuar-se-á a deparar com a *paralisação* do seguro por falta de acordo quanto ao modo como é distribuído o capital seguro pelos vários intervenientes. Nem os segurados nem os lesados veem as suas pretensões satisfeitas.
15. Acreditamos que a solução, por agora, para a paralisação do seguro, passa por estabelecer limites adicionais e sublimites do capital seguro que: (i) até determinado montante – limite individual por administrador –, todos os administradores poderiam

fazer *uso* desse limite adicional, sendo que, *(ii)* uma vez ultrapassado esse valor, a distribuição do remanescente seria feita *pro rata* por todos os administradores. *(iii)* Caso um ou mais administradores não fizessem uso do seu limite adicional (o que pode acontecer no caso contra eles não ocorrerem pretensões, as denominadas *claims*), esse valor integraria o *bolo* comum, sendo também distribuído *pro rata* pelos restantes administradores.

## BIBLIOGRAFIA

- ABREU, J. M. Coutinho de et al., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Almedina, vol. I, Coimbra, 2013
- ABREU, J. M. Coutinho de et al., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Almedina, vol. VI, Coimbra, 2013
- ABREU, J. M. Coutinho de et al., *Corporate Governance em Portugal - O CIRE Revisitado - Prestação de Contas e o Reg. Esp. de Invalidez das Deliberações Previstas no Art. 69.º do CSC - A Fraude Fiscal Como Crime de Aptidão*, Almedina, , vol. 6, Miscelâneas do IDET, Coimbra, 2010
- ABREU, J. M. Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Almedina, 2ª ed., vol. 5, Miscelâneas do IDET, Coimbra, 2010
- ALMEIDA, J. C. Moitinho de, *Contrato de Seguro - Estudos*, Almedina, 2009
- CARRILLO, Elena Pérez e RAMOS, Maria Elisabete, *Responsabilidade Civil e Seguro dos Administradores (Reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola)*, BFD, 82, 2006
- CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração ao código das sociedades comerciais*, Processo de Consulta Pública n.º 1/2006
- CORDEIRO, António Menezes, *Da responsabilidade dos administradores*, Lex-Edições Jurídicas, 1996
- EISENBERG, Melvin Aron, *The Divergence of Standards of Review in Corporate Law*, 62 Fordham L. Rev. 437, 1993
- FRADA, Manuel Carneiro da, *A business judgement rule no quadro dos deveres dos administradores*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 67, 2007
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das Obrigações*, Almedina, 2006
- Lima, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4ª ed. Revista e Atualizada, Coimbra Editora, 1987
- MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 18ª reimp., Almedina, 2010
- MARTINEZ, Pedro Romano et al., *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, Almedina, 2009
- MENDES, Manuel Fragoso, *Entre o temerário e o diligente – A business judgement rule e os deveres dos administradores. Da sua origem à implementação no ordenamento jurídico português*, Revista de Direitos das Sociedades, ano VI, Almedina, 2014
- MORGADO, José, *Administradores de Sociedades Comerciais*, RES, 136 (2008)



PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 1ª ed., Coimbra Editora

RAMOS, Gabriel Silva, *A business judgement rule e a diligência do administrador criterioso e ordenado*, Revista de Direito das Sociedades, Almedina, ano V, 2013

RAMOS, Maria Elisabete, *D&O Insurance e o projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro*, DSR, ano 4, vol. 7, 2012

RAMOS, Maria Elisabete, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, Almedina, 2010

REGO, Margarida Lima, *A promessa de exoneração de dívida a terceiro. Pretexto para uma reflexão sobre o conceito de prestação.*, Almedina, 2011

REGO, Margarida Lima, *A quem aproveita o seguro de responsabilidade civil celebrado para os efeitos do art. 396.º CSC?*

REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2010

SILVA, João Soares da, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance*

VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. I, Almedina, 10ª edição Revista e Actualizada, 2010

VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, vol. II, Almedina, 5ª edição Revista e Actualizada, 1992

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *D&O INSURANCE: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima*, Almedina, 2007

VASQUES, José, *Contrato de Seguro*, Coimbra Editora, 1999

WEIHMULLER, John W. et al., *Multiple claimants and insufficient limits - can insurers lessen their exposure to bad faith claims?*, FDCC Winter Meeting Arizona Biltmore Phoenix, Arizona March 3-10, 2012

## ÍNDICE

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO DE ANTI PLÁGIO .....	IV
AGRADECIMENTOS .....	V
LISTA DE ABREVIATURAS .....	VII
RESUMO .....	VIII
ABSTRACT .....	IX
INTRODUÇÃO .....	1
PARTE I A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES E SUAS CONSEQUÊNCIAS ...	3
1.    Introito .....	3
2.    Os deveres fundamentais e a sua violação .....	3
3.    A <i>business judgement rule</i> .....	5
PARTE II A CONFIGURAÇÃO DO SEGURO D&O EM PORTUGAL .....	10
4.    Introdução .....	10
5.    Aparecimento e funcionamento no estrangeiro .....	11
6.    A reforma do Código das Sociedades Comerciais – em especial a alteração ao artigo 396.º – e a introdução do seguro D&O em Portugal .....	13
7.    Singularidades e dificuldades (na introdução) do seguro em Portugal .....	15
8.    Configuração habitual do seguro D&O em Portugal .....	16
8.1    Sujeitos .....	16
8.2    Encargos .....	18
8.3    Risco e interesse .....	19
8.4    Riscos habitualmente cobertos .....	20
8.5    Coberturas habituais na prática portuguesa .....	21
8.6    Exclusões .....	22
9.    O seguro D&O em confronto com outros seguros .....	24
9.1    O seguro previsto no artigo 396.º, n.º 2 (“ <i>Seguro de Titulares e Órgãos de Administração e Fiscalização das Sociedades Comerciais</i> ”) e a questão do dolo .....	24

9.2	O seguro de proteção jurídica .....	28
9.3	O seguro-caução.....	29
PARTE III O PROBLEMA: A DISTRIBUIÇÃO DO CAPITAL SEGURO .....		31
10.	Introdução.....	31
11.	A qualificação do seguro D&O.....	31
a)	Como seguro por conta de outrem ou como seguro de grupo .....	32
b)	O seguro D&O é um seguro de responsabilidade civil?.....	36
12.	Capital seguro insuficiente para fazer face a todas as reclamações .....	39
a)	Concurso de lesados.....	39
b)	Concurso de administradores e lesados .....	42
c)	O concurso de segurados (administradores) .....	45
d)	A falta de soluções.....	48
CONCLUSÃO .....		51
BIBLIOGRAFIA.....		55
ÍNDICE .....		57